

الرقم الترتيبي:

مركز دراسات الدكتوراه: العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية والشرعية والتدبير

تكوين الدكتوراه: القانون الخاص

الحقل المعرفي: القانون الخاص

المختبر: القانون الخاص ورهانات التنمية

أطروحة لنيل الدكتوراه

الشفافية في عقود الاستهلاك

إعداد الطالب الباحث:

عبد الرحيم التيالي

تحت إشراف الأستاذ:

د. عبد الحميد أخريف

تاريخ المناقشة:

2022/12/09

أعضاء لجنة المناقشة:

الصفة	مؤسسة الانتماء	الإطار	أعضاء لجنة المناقشة
مشرفا ورئيسا	كلية الحقوق فاس	أستاذ التعليم العالي	د. عبد الحميد أخريف
مقررا وعضوا	كلية الحقوق فاس	أستاذ التعليم العالي	د. محمد بخنيف
مقررا وعضوا	كلية الحقوق فاس	أستاذ التعليم العالي	د. عبد القادر قرموش
مقررا وعضوا	كلية الحقوق الرباط	أستاذ التعليم العالي	د. عبد الرحيم الأمين

السنة الجامعية: 2023/2022

شكر

- إلى أستاذي الجليل، الدكتور عبد الحميد أخريف
اعترافاً مني بجميل نصحكم وسديد توجيهاتكم التي أفخر بها وأعتز، لكم مني كامل
الاحترام وخالص الشكر.
- إلى اللجنة الموقرة التي قبلت مناقشة هذا العمل لإتمام جوانب النقص فيه، لكم مني
كل العرفان والتقدير.

بيان فك الرموز

ج. ر	: الجريدة الرسمية	م. س	: مرجع سابق
م. ت	: مدونة التجارة	م. ت	: مدونة التأمينات
ص	: صفحة	ق. ل. ع	: قانون الالتزامات والعقود
ق. ح. م	: قانون حماية المستهلك	ق. ج	: القانون الجنائي
ق. م. م	: قانون المسطرة المدنية	ق. م. ص	: قانون الملكية الصناعية
ق. م. ج	: قانون المسطرة الجنائية	م. ح. ع	: مدونة الحقوق العينية

Cass.	: Cassation
C. Civ	: Cassation civile
C. Cons	: Code de la consommation
Ch.	: Chambre
Chron.	: Chronique
Civ.	: Arrêt de la chambre civile
Crim.	: Arrêt de la chambre criminelle
Com.	: Arrêt de la chambre commerciale
D.	: Dalloz
Doct.	: Doctrine
Ed.	: Edition
Gaz. Pal.	: Gazette de Palais
J.C.P	: Jurisclasseur – périodique ou semaine juridique (Edition générale)
L.G.D.J	: Librairie Générale de Droit Jurisprudence
N°	: Numéro
Obs.	: Observation
Op. cit.	: Ouvrage précité
P.	: page
R.T.D.Com	: Revue Trimestrielle de Droit Commercial
R.T.D. Civ	: Revue Trimestrielle de Droit Civil
Somm.	: Sommaire

المقدمة

ساهم التطور الاقتصادي والعلمي الحاصل في مختلف المجالات والذي صاحبه ثورة صناعية غير مسبوقة في إغراق الأسواق الاستهلاكية بالمنتجات المتنوعة والمبتكرة، والتي يبقى المستهلك¹ عاجزا عن فك رموز وعلامات تصنيعها ومكوناتها والمواد المستعملة في صناعاتها وتأثيرها على صحته، مما أسفر عن اختلال واضح في المراكز القانونية لطرفي العقد الاستهلاكي². وبناء على هذا الواقع، برز المركز القانوني لاثنيين من أهم الأشخاص الفاعلين في الحياة الاقتصادية، وهما: المهني³ والمستهلك، وبدا اختلال واقعي في العلاقات العقدية التي تربط بين هذين الطرفين.

فبالنسبة للمهني، فهو الطرف الأكثر تميزا وتفوقا من الناحيتين الاقتصادية والمعرفية، ويعزى تفوقه إلى وضعه المهيمن في السوق بما يمارسه من احتكار لسلعة أو خدمة معينة على نحو يجعل المنافسة في إنتاجها وتداولها محدودة النطاق، لا سيما وأن الأمر لا يقف عند المهني في صورته الفردية وإنما أصبح يتخذ شكل مشروعات ضخمة غالبا ما يتجاوز نشاطها القطر الواحد. وهذا التفوق الاقتصادي للمهني يؤزره تفوق فني ومعرفي فيما يتعلق بظروف التعاقد ومحلّه، فالمهني يحوز، بما له من صفة تخصصية، المعلومات المتعلقة بأساليب إنتاج وتداول السلعة التي ينتجها أو يبيعها أو الخدمة التي يقدمها، كما أنه يحيط باستعمالها والمخاطر التي قد تكمن فيها⁴.

أما المستهلك، فيقابل التفوق الاقتصادي للمهني حاجة ملحة من جانبه لإشباع احتياجاته من خلال ما ينتجه المهني من سلع وما يقدمه من خدمات، بما يدفع هذا الأخير، غالبا، إلى

1 - المادة 2 من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك: "يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتجات أو سلع أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي".

2 - نزهة الخلدي، الالتزام بالإعلام ودوره في تنوير إرادة المستهلك، سلسلة دراسات وأبحاث، العدد 4، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2013، ص 158.

3 - المادة 2 من ق. ح. م: "يقصد بالمورد كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري".

4 - للمزيد، انظر: محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 9 و 10.

- Jean Calais AULOY, Droit de la consommation, Dalloz, 2000, p. 1.

استغلال تلك الحاجة ولو بطرق غير مشروعة¹. فالتعقيدات التي طالت مجال السلع والخدمات جعلت مسألة الاختيار والمفاضلة بينها في غاية الدقة والتعقيد، خصوصا أمام تنوع المؤثرات والأساليب التي يلجأ إليها المهنيون من أجل احتواء مستهلكين يفتقدون في الغالب الأعم إلى الخبرة التقنية والإمكانات الفنية اللازمة من أجل التعرف على محل العقد، وبالتالي التأثير على سلامة رضاهم².

والملاحظ أن القواعد القانونية المنظمة للعلاقة الرابطة بين المستهلك والمهني لم يتم بلورتها بشكل واضح³، لا سيما وأن إشكالية تداخل أحكامها من شأنه أن يثير صعوبات قانونية عدة، بل وقد يؤدي إلى الحد من التطبيق السليم للضمانات التي يمنحها المشرع للطرف الذي يحتاج دائما دعما أقوى في المعاملات التعاقدية ذات الصبغة الاقتصادية. كما أن المعاملات كانت تعتمد على أشكال تقليدية ميزتها الأساسية التفاوض التعاقدي، حيث حرية الأطراف في مناقشة شروط العقد وصياغة بنوده، وكذا حريتهم في التعاقد من عدمه⁴، وقد ظهرت صيغ جديدة للتعاقد كرسست ما يعرف اليوم "بأزمة العقد" متمثلة على الخصوص في عقود الإذعان والعقود الجماعية والعقود النموذجية والعقود النمطية والعقود المركبة. وهو ما يشكل نمطا تعاقديا جديدا، اقتضى وجود نظام تشريعي مواز له ينظم ما قد يؤول عنه من آثار قانونية، في الوقت الذي اتضح فيه أن المهنيين يستغلون فعلا ما تتيحه المبادئ العامة التقليدية القائمة على الحرية التعاقدية لفرض شروط مجحفة على المستهلكين.

من هنا أصبح اختلال التوازن العقدي صارخا بشكل لا تستسيغه قواعد العدالة والإنصاف، فمقابل سيطرة المهنيين يوجد المستهلك في وضعية صعبة تفرض عليه الانقياد التام للشروط التعاقدية التي تملأ عليه، فيجد نفسه ملتزما بالتزامات لا تخدم مصالحه. وقد فرض هذا الوضع غير العادل، البحث عن تنظيم جديد ينال من ثبات الأسس التي يقوم عليها

¹ - منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 7.
² - المهدي العزوزي، تسوية نزاعات الاستهلاك في ضوء القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2013، ص 10.
³ - عبد الرحمان الشرقاوي، دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي، دار القلم للطباعة والنشر، 2008، ص 7.
⁴ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006، ص 12.

مبدأ سلطان الإرادة وفقاً لمفهومه التقليدي ويتمحور بالخصوص حول فكرة المصلحة الاجتماعية والعدالة التعاقدية والمنطق الواقعي والقانوني والأخلاقي¹ وهو ما يتأتى باعتماد الشفافية كأسلوب في العلاقات التعاقدية. وهنا تبرز الحاجة الملحة للشفافية في العقود الاستهلاكية، إذ من شأن التزام المهني بها أن يخفف من التفاوتات والفوارق بينه وبين المستهلك كطرف ضعيف².

كما لم تهمل الشريعة الإسلامية الموضوع، حيث عرف اصطلاح الحسبة في صدر الإسلام³، ويعني قيام ولي الأمر أو من يعهد إليه بذلك بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في مختلف المجالات، ومن أهم وظائف المحتسب الرقابة على الأسعار وتحديداتها ومنع الاحتكار وقمع الغش وتطفيف المكيال والميزان، وقد وردت عدة آيات قرآنية وأحاديث نبوية في هذا الشأن لامست مختلف الأخلاقيات الإسلامية⁴ التي تخدم شفافية المعاملات وبالتالي حماية المستهلك في مواجهة الأساليب غير المشروعة للمتعاقد الآخر الذي حثه الله تعالى على ممارسة الرقابة الذاتية في تعاملاته، إذ يقول جل شأنه: "وهو معكم أين ما كنتم"⁵، ويقول: "إن

¹ - نور الدين الرحالي، التطبيقات العملية الحديثة في قضايا الاستهلاك، مكتبة الرشاد، سطات، الطبعة الأولى، 2014، ص 7.

² - يقصد بالطرف الضعيف La partie faible في العقد بوجه عام، الطرف الذي تنقصه الشدة vigueur أو القوة الجسدية force physique أو المعنوية morale. وقد أرجع بعض الفقه هذا الضعف إلى أسباب متعددة منها: ضعف المؤهلات الجسدية والنفسية، ضعف المؤهلات التقنية، غياب التوازن بين الأطراف التعاقدية بسبب الظروف الاقتصادية والاجتماعية لأحدهما. وكل ذلك يعود إلى:

- جهل المتعاقد الضعيف بموضوع العقد أو بالقانون نتيجة تعاقد خارج اختصاصه.
- الأساليب المتبعة في سوق السلع والخدمات وصعوبة أو استحالة فهم الوثائق العقدية، إما لأسباب ترجع للطرف الضعيف أو بسبب سوء صياغة العقد.
- عدم إتاحة الوقت الكافي للمتعاقد الضعيف لكي يتسنى له الاطلاع على شروط العقد المفروضة من طرف المهني.
- انتشار الشروط النموذجية في العقود نتيجة التحرير الأحادي للعقد من طرف المهني.
- اعتقاد المتعاقد الضعيف بصفة خاطئة بقانونية وشرعية هذه الشروط النموذجية، وبكونها موحدة في السوق.
- الحاجة الضرورية والمستعجلة للسلعة أو الخدمة.
- ظهور أشكال جديدة لتوزيع السلع أو الخدمات في محل الإقامة.
- للمزيد، انظر: هانية محمد على فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص 203.

³ - يستفاد وجوب الحسبة من القرآن الكريم: قال الله تعالى في سورة آل عمران، الآية 104: "ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون"، وقوله عز وجل في نفس السورة، الآية 110: "كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله".

⁴ - محمد التوزاني، المستهلك في الشريعة الإسلامية، أية حماية؟، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 39، فبراير 2022، ص 422-451.

⁵ - سورة الحديد، الآية 4.

الله لا يخفى عليه شئ في الأرض ولا في السماء"¹، ويقول: "وإن تجهر بالقول يعلم السر وأخفى"²، ويقول: "يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور"³، ويقول: "ما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد"⁴، فحين يشعر المسلم بأنه لن يستطيع الإفلات من رقابة الله له، حتى لو تمكن من الإفلات من رقابة السلطة، فإن ذلك في حد ذاته أكبر ضمان لسلامة السلوك الاجتماعي وعدم انحراف النشاط الاقتصادي.

كما رغب الله في الصدق في المعاملات، حيث قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين"⁵. وقال رسوله الكريم: "عليكم بالصدق فإن الصدق يهدي إلى البر، وإن البر يهدي إلى الجنة، وما يزال الرجل يصدق ويتحرى الصدق، حتى يكتب عند الله صديقاً، وإياكم والكذب، فإن الكذب يهدي إلى الفجور، وإن الفجور يهدي إلى النار، وما يزال الرجل يكذب ويتحرى الكذب، حتى يكتب عند الله كذاباً"⁶.

وفي الوفاء بالعهود والالتزامات، قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"⁷، ويقول جل شأنه: "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً"، ويقول (ص): "آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر"⁸. كما حض تعالى على عدم أكل أموال الناس بالباطل في قوله: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون"⁹.

فما المقصود إذن بالشفافية في عقود الاستهلاك؟

1 - سورة آل عمران، الآية 5.

2 - سورة طه، الآية 7.

3 - سورة غافر، الآية 19.

4 - سورة ق، الآية 18.

5 - سورة التوبة، الآية 119.

6 - رواه عبد الله بن مسعود، صحيح الترمذي، ص 1971.

7 - سورة المائدة، الآية 1.

8 - أخرجه البخاري، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، ص 33، ومسلم، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، ص 59.

9 - سورة البقرة، الآية 188.

مفهوم الشفافية

يرجع ظهور مفهوم الشفافية (La transparence) إلى العصور الوسطى (سنة 1380م)¹، وهو يحيل في الثقافة الإنسانية على معاني الانفتاح والاتصال والوضوح²، وبمعناها الفيزيائي تعني المادة الشفافة الواضحة بحيث يمكن رؤية الطرف الآخر من خلالها، وهي عكس السرية في مجالات علم الأخلاق والأعمال والإدارة والاقتصاد والاجتماع والقانون... حيث يكون الفعل أو النشاط شفافا إذا كانت المعلومات حوله متوفرة وواضحة³. كما تعني أيضا تقاسم المعلومات والتصرف بطريقة مكشوفة، بأن تضع سلسلة واسعة من المعلومات في متناول الجميع، وهو ما يدرجه الفيلسوف الألماني Jürgen Habermas ضمن أخلاقيات التواصل، حيث يرى بأن "الخير يتأتى بالتواصل والشر بغياب هذا التواصل، أي غياب الشفافية"⁴.

¹ - Le terme est composé de la racine **trans** signifiant « au-delà de, par-delà » et de **pareo** qui signifie « apparaitre, se montrer ». La transparence correspond alors à ce qui apparaît à travers une chose. F. Gaffiot, Dictionnaire illustré latin-français, Paris, Hachette, 1934, p. 1115, p. 1561.

² - La transparence a une telle " force d'évocation métaphorique " que son seul prononcé apaise les esprits et fait naître la confiance auprès des sujets de droit. Quand on songe à celle-ci, on imagine en effet la transparence de l'eau profonde et de " l'onde ", ou encore du cristal. On ne peut donc associer à cette notion que des vertus ; la transparence, c'est la vérité, la limpidité, la pureté ; d'autant au demeurant qu'elle s'oppose à l'opaque, au glauque, à l'épaisseur, à l'obscurité, lesquels sont synonyme de mensonge, tricherie, tromperie. in : Nancy VIGNAL, La transparence en droit privé des contrats, Approche critique de l'exigence, presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 17.

³ - Michel Foucault écrivait : « à chaque époque correspond une épistémè particulière ». On serait dire que l'épistémè est aujourd'hui la transparence. in : Nancy Vignal, La transparence en droit privé des contrats, presses universitaires d'Aix-Marseille ; 1998, p. 15.

⁴ - « La morale n'est plus axiomatique, elle se constitue par échange d'arguments, elle s'accomplit par dialogue, il faut donc que l'autre parle. Très significativement, HABERMAS présente sa morale comme une morale de communication et, par-là, il rejoint, pour s'y appuyer, une idée-force, qui est également une euphorie technique de notre fin de siècle. Le bien vient de la communication, par la communication. Le mal vient d'un défaut de la communication, c'est-à-dire finalement d'un défaut de transparence ». Jean CARBONNIER, propos introductifs. in : Revue de Jurisprudence commerciale (ancien journal des agrégés), n°37, année n° 11, Novembre 1993, numéro spécial : La transparence, colloque de Deauville, organisé les 19-20 juin 1993 par l'association du droit de commerce, p. 10.

وفي المجال القانوني، وبعد أن كانت الأولوية للسرية¹ فقد أصبح القانون عامة والقانون العام خاصة حقلا خصبا لهذا المفهوم²، فنتحدث عن الشفافية الإدارية³ والسياسية⁴ والمالية⁵... وهكذا نجد أن المشرع الفرنسي قد ألزم الإدارات العمومية⁶ بمراعاة الشفافية في مختلف تعاملاتها المالية خاصة⁷، وذلك من خلال قانون 2 غشت 1989 المتعلق بسلامة وشفافية الأسواق المالية الذي يهدف إلى تحفيز الاقتصاد الوطني. كما أن العديد من القوانين الصادرة بعد ذلك ركزت على ضمان شفافية الأنشطة الاقتصادية للإدارات العمومية عبر إلزامها باحترام قواعد المنافسة والإشهار ضمن مسطرة إبرام عقودها⁸.

أما بالنسبة للقانون الخاص وبالضبط في الحقل التعاقدي، فقد ركز التشريع الفرنسي على ضبط الأنشطة الاقتصادية المختلفة من خلال إلزام المهنيين باعتماد الشفافية كمنهج في تعاملاتهم إزاء المستهلكين، وذلك من خلال قانون 1 دجنبر 1986 الذي فرض على البائعين

¹ - Jean- Marc VARAUT, Secret et transparence, Gaz. Pal, recueil sept-oct. 2002, p. 1310.

- « Le secret est la face noble de l'opacité. Il contrarie la transparence, mais vient porteur d'autres vertus, le mystère, l'intimité, la confiance, ou d'intérêts essentiels, l'intérêt de la sécurité, de la défense, de la justice...du secret de fabrique, du secret professionnel..., Jean Denis Bredin, Remarques sur la transparence, in : La transparence, op. cit, p. 176.

² - يعد مفهوم الشفافية من المفاهيم التي دخلت حديثا جدا في القاموس الاصطلاحي العربي، مع تأسيس "منظمة الشفافية الدولية" Transparency international عند نهاية تسعينيات القرن الماضي، عندما أسس الألماني Peter Eigen مع تسعة آخرين من خمس دول مختلفة هذه المنظمة الشهيرة التي تهدف إلى محاربة الفساد الإداري والمالي الذي كان السيد Eigen ملما به بحكم طبيعة عمله في البنك الدولي. للمزيد، انظر: محمد براو، الشفافية والمساءلة والرقابة العليا على المال العام في سياق الحكامة الرشيدة، المقومات- الفاعلون- التفاعلات، دراسة مقارنة مركزة، الطبعة الأولى، سلسلة الرقابة على المال العام والمنازعات المالية، العدد 4، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2009، ص 18-19.

³ - La transparence administrative remonte à 1789. On la revendique déjà, sans employer l'expression. V. Pierre Delvolvé, La transparence administrative, Revue de jurisprudence commerciale, numéro spécial, n° 37, année 11, novembre 1993, Paris, p. 23 s.

⁴ - Loi organique n° 2013- 906/907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

⁵ - Jean-François Kerléo, La transparence en droit, recherche sur la formation d'une culture juridique, Bibliothèque des thèses, éditions mare & martin, Paris, p. 17.

⁶ - L'idée de la transparence apparaît avec l'ordonnance du 26 août 1944, signée par Henri Queuille, sur l'organisation de la presse française, domaine dans lequel le terme sera consacré par la loi n° 84-937 du 23 octobre 1984 « visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière des entreprises de presse ».

⁷ - Christine Brechon-Moulenes, Transparence et marché public, R.J.C, op. cit, p. 45 et s.

⁸ L'une des lois ayant contribué à l'édifice de la transparence dans la passation des marchés publics, soit la loi du 29 janvier 1993, a tenté d'assurer également la transparence en matière d'urbanisme commercial, V. Lamy Droit économique, 1996, n°2934 s.

ومقدمي الخدمات إخبار المستهلك حول الأسعار وحدود المسؤولية العقدية والشروط الخاصة للبيع¹. كما كرس القضاء الفرنسي هذا التوجه من خلال العديد من القرارات التي تلزم المهنيين بالإفضاء²، وفي نفس المنحى سار القانون الألماني الصادر بتاريخ 9 دجنبر 1976 والمتعلق بالشروط العامة للعقد³ (A.G.B.G).

وفيما يتعلق بالتشريع المغربي، نجد قانون حرية الأسعار والمنافسة⁴ 104.12 يستعمل مصطلح الشفافية كعنوان للباب الأول "شفافية العلاقات التجارية بين المهنيين" ضمن القسم السادس الخاص "بالممارسات المقيدة للمنافسة"، وتفصل المادة 58⁵ منه المقصود بالشفافية في هذا السياق، إذ يتعلق الأمر بتحرير فاتورة مفصلة عن كل شراء لسلع أو منتجات أو عن تقديم كل خدمة في ما بين المهنيين، وإخبار المنتج أو مقدم الخدمات أو المستورد أو البائع بالجملة لكل من يشتري لأجل نشاط مهني بالأسعار وشروط التسديد وضمانات الأداء⁶ وغير ذلك من الالتزامات التي من شأن احترامها أن يضيفي الشفافية على تعاقداتهم المهنية. وهو ما يعطينا فكرة واضحة عن معنى هذا المصطلح بالنسبة للمشرع، فالمقصود هو الإخبار الواضح والمفيد للطرف المقابل في العلاقة التعاقدية بكل المعلومات والمعطيات والبيانات التي من شأنها أن تنير رضائه وتساعد بالتالي على اتخاذ قرار التعاقد من عدمه.

فإذا كان المشرع في القانون أعلاه، قد ألزم المهنيين بالالتزام بالشفافية فيما بينهم بخصوص العقود التي يبرمونها، فمن باب أولى أن يقصد نفس المعنى بالنسبة للعقود الاستهلاكية التي تجمع المورد كمهني محترف ذو خبرة وقوة اقتصادية وتقنية مع المستهلك

¹ - Article 28 de l'ordonnance abrogé par la loi 26 juillet 1993 et codifié à l'article L 113- 3 du code de la consommation.

² - بعض الفقه دقق في درجات ومستويات واجب الإفضاء هذا، والبعض الآخر (Y. Picod) لا يراه مجديا. وهو ما سنناقشه لاحقا عند التطرق للالتزام بالإخبار.

³ - Norbert REICH, Le principe de la transparence des clauses limitatives relatives au contenu des prestations dans le droit allemand des conditions générales des contrats, Actes du colloque : Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe (13 et 14 déc 1990), sous la direction de Jaques GHESTIN, organisé par le centre de droit des obligations, Université de Paris I, L.G.D.J, 1990, p. 78-93.

⁴ - ظهير شريف رقم 1.14.116 صادر في 2 رمضان 1435 (30 يونيو 2014) بتنفيذ القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة. ج. ر عدد 6276، الصادرة بتاريخ 26 رمضان 1435 (24 يوليو 2014)، ص 6077.

⁵ - المواد من 58 إلى 61 من القانون 104.12.

⁶ - المادة 59 من نفس القانون.

الذي غالبا ما يكون طرفا ضعيفا لا يمتاز بأي ميزة تجعله يفاوض من منطق قوة أو على الأقل ندية.

فالعلاقات الاستهلاكية بالمغرب يوطرها القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك¹، وبالرجوع إلى مقتضياته نجد مادته الأولى تنص على ما يلي:

" يهدف القانون إلى تحقيق ما يلي:

- إعلام المستهلك إعلاما ملائما وواضحا بالمنتجات أو السلع أو الخدمات التي يفتنيها أو يستعملها.
- ضمان حماية المستهلك فيما يتعلق بالشروط الواردة في عقود الاستهلاك ولاسيما الشروط التعسفية والشروط المتعلقة بالخدمات المالية والقروض الاستهلاكية والقروض العقارية، وكذا الشروط المتعلقة بالإشهار وبالبيع عن بعد والبيع خارج المحلات التجارية.
- تحديد الضمانات القانونية والتعاقدية لعيوب الشيء المبيع والخدمة بعد البيع وتحديد الشروط والإجراءات المتعلقة بالتعويض عن الضرر أو الأذى الذي قد يلحق بالمستهلك.
- تمثيل مصالح المستهلك والدفاع عنها من خلال جمعيات حماية المستهلك التي تعمل طبقا لأحكام هذا القانون..."

فمن خلال هذه المادة تتضح معالم الشفافية التي يقصدها المشرع الاستهلاكي المغربي، فعلى عاتق كل مورد، التزام عام بالإعلام يلزمه بتمكين المستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للمنتوج أو السلعة أو الخدمة، وكذا مصدر المنتوج أو السلعة وتاريخ الصلاحية إن اقتضى الحال، وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكانياته.

¹ - ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك. ج. ر عدد 5932، بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص 1072. كما تم تعديله بالقانون رقم 78.20 القاضي بتغيير المادة 202. ج. ر عدد 6945 بتاريخ 6 جمادى الأولى 1442 (21 ديسمبر 2020)، ص 8465.

ولهذه الغاية يجب على كل مورد أن يعلم المستهلك بوجه خاص عن طريق وضع العلامة أو العنونة أو الإعلان أو بأي طريقة مناسبة أخرى، بأسعار المنتجات والسلع وبتعريفات الخدمات وطريقة الاستخدام أو دليل الاستعمال، ومدة الضمان وشروطه، والشروط الخاصة بالبيع أو تقديم الخدمة، وعند الاقتضاء، القيود المحتملة للمسؤولية التعاقدية¹.

يتضح من خلال هذه المادة، أن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام يشكل حجر الزاوية في بناء الشفافية، ذلك أن الإعلام الصحيح والشفاف من قبل المورد، ينير رضاء المستهلك ويساعده في اتخاذ قراره المناسب بخصوص التعاقد عن بيئة واختيار، وهذا يؤدي إلى نوع من التوازن في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة.

كما تقتضي الشفافية تجنب المهني إدراج الشروط التعسفية في العقود الاستهلاكية، وهي كل البنود التي من شأنها أن تخلق اختلال كبيرا بين حقوق والتزامات الطرفين²، وقد حددها المشرع في لائحة على سبيل المثال لا الحصر من خلال المادة 18 من القانون 31.08، وخول لمحكمة الموضوع تقدير ذلك حسب ضوابط محددة، حيث يعتبر الشرط المعلن تعسفيا باطلا ولاغيا³. ويمتد الالتزام بالشفافية إلى الإشهار التجاري الذي يعتمد المهني كوسيلة لحث المستهلكين المرتقبين على اقتناء السلع والخدمات، بحيث منعت المادة 21 كل إشهار يتضمن، بأي شكل من الأشكال، ادعاء أو بيانا أو عرضا كاذبا، أو من شأنه أن يوقع المستهلك في الغلط بخصوص حقيقة وجود السلع أو المنتجات أو الخدمات محل الإشهار، أو طبيعتها وتركيباتها ومميزاتها الأساسية⁴...

ومن الشفافية أيضا مراعاة باقي الحقوق التي قررها المشرع لفائدة المستهلك بخصوص مختلف العقود التي يقدم عليها، سواء من حيث مضمونها أو شكليات إبرامها. كما اهتمت

1 - المادة 3 من ق. ح. م.

2 - المادة 15 ق. ح. م.

3 - المادة 19 ق. ح. م.

4 - الشفافية بهذا المعنى هي نقيض السرية والغموض والكولسة (من الكواليس)، فهي تشير إلى الضوء نقيض الظلام والوضوح نقيض الإبهام، وإلى البساطة نقيض التعقيد، وإلى الانفتاح نقيض الانغلاق... وهي في المحصلة أسمى من أن تكون مجرد آلية، بل هي قيمة أساسية من منظومة القيم التي بها تقوم قائمة الأمم وباضمحلالها تضحل. محمد براو، م. س، ص 19.

مختلف التشريعات المقارنة¹ بشفافية عقود الاستهلاك من خلال قوانين الاستهلاك. ويعرف Jacques MESTRE شفافية العقد بأنها "التزام المهني بحكم إلمامه بالمعطيات بتوفير رضا المتعاقد الآخر، وبصيغة أخرى إظهار إيجابيات وأيضاً سلبيات العقد، والعناصر التي يمكن أن تنقص من استفادته من الشيء محل العقد، والبنود التي يمكن أن تنقص أو تزيد من التزاماته"². وإذا كان هذا هو المراد مفهوم الشفافية في سياق دراستنا هاته، فماذا نقصد بالعقد الاستهلاكي؟

تعريف العقد الاستهلاكي

لقد اكتفى المشرع المغربي بتعريف طرفي العقد الاستهلاكي، لكنه لم يورد تعريفا للعقد في حد ذاته. في حين نجد المشرع الفرنسي قد عرفه في المادة 1-114 بأنه "ذلك الذي يبرم بشأن بيع مال أو تقديم خدمة من المهني لصالح المستهلك".

في حين تعرف المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 1997/08/20 عقد الاستهلاك، خاصة في صورته الإلكترونية بأنه "عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام التعاقد". وعرف المشرع الكندي عقد الاستهلاك الإلكتروني من خلال الفقرة 20 من قانون ولاية كيبيك (Québec) لحماية المستهلك بأنه "عقد يتم بين تاجر ومستهلك، بدون الحضور المادي لهما سواء في مرحلة الإيجاب أو القبول وذلك عندما يكون الإيجاب موجهاً للكافة".

مما سبق يمكننا تعريف عقد الاستهلاك بأنه "العقد الذي يبرم بوسيلة إلكترونية أو تقليدية بين المهني والمستهلك بشأن سلع أو خدمات يقدمها الثاني للأول لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية"³.

¹ - قانون الاستهلاك الفرنسي.

- قانون الاستهلاك المصري، رقم 181 لسنة 2018.

- قانون الاستهلاك اللبناني لسنة 2004.

² - Jacques MESTRE, Transparence et droit des contrats, Revue de jurisprudence commerciale, numéro spécial 37, année 11, La transparence, nov. 1993, Paris, p.84.

³ - مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011، بيروت، لبنان، ص 12.

كما أن معظم الفقه لم يعن بوضع تعريف جامع مانع لعقود الاستهلاك¹، ولعل ذلك يرجع إلى أن هذه العقود لا تمثل طائفة أو تقسيما مستقلا قائما بذاته²، فهذه العقود، في الواقع، ليست سوى تطبيقا حديثا للعقود المعروفة سلفا كالبيع والتأمين وغيرها، على أن هذه العقود تتميز بكون أحد العاقلين هو المستهلك الأولى بالحماية³. ويعرف جانب من الفقه عقود الاستهلاك بأنها "عقود عادية تتمثل في توريد أو تقديم أشياء منقولة مادية أو خدمات إلا أن مقدم السلعة أو الخدمة يكون منتجا أو مهنيا، والمتلقي هو المستهلك أي الفرد العادي الذي ينبغي إشباع حاجة شخصية أو عائلية، منقطعة الصلة بنشاطه التجاري أو المهني"⁴.

نلاحظ أن هذا التعريف يجعل عناصر عقود الاستهلاك أو معايير تمييزها تتمثل في محل العقد، إذ يرد على سلع أو أشياء مادية منقولة أو خدمات، كما يهتم التعريف أيضا بصفة الأطراف⁵، حيث يلزم أن يكون أحدهما مهنيا محترفا يتعاقد لخدمة نشاطه المهني، أما الآخر

¹ - « Le contrat de consommation : c'est évidemment un néologisme. Mais c'est avant tout pour les juristes une notion nouvelle, dont il est encore difficile de préciser les contours et les caractères dominants. Image grossie et parfois déformée du contrat d'adhésion, il contient par nature, et à lui intimement liée une force contraignante quasi insurmontable émanant des agents économiques intervenant au contrat. Cette pesanteur juridique s'exerce sur le dernier maillon de la chaîne économique, à laquelle est lié le consommateur ». M. TORCHU, H. GROUDEL, B. JADAUD, P. PACASTAING, "Le contrat de consommation, contribution à l'étude de la condition juridique du consommateur ", Congrès national des Huissiers de justice Tours, 12-16 juin 1974, Paris, L.G.D.J, p. 12-13.

² - خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 229.

³ - Rabih Chendeb, Le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative (droit français, libanais et égyptien), L.G.D.J, édition Alpha, 2010, p. 16.

⁴ - محمد حسين منصور، الوجيز في البيع، الأحكام التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، بدون ناشر، الإسكندرية، 2008، ص 45.

⁵ - رغم أن بعض الفقه لا يرى ذلك كافيا للقول بوجود فئة خاصة من العقود يمكن تسميتها بـ "عقود الاستهلاك":
« ... On a avancé qu'il existerait une nouvelle catégorie de contrats, les contrats de consommation. Comme toute qualification, celle-ci ne peut avoir d'intérêt que pour déterminer le régime juridique applicable à ce contrat...Mais cette qualification ne repose en réalité que sur la qualité des parties (professionnel d'un côté, consommateur de l'autre) qui constitue un facteur non essentiel de la qualification...les obligations essentielles des parties et donc le contenu du contrat n'est pas caractéristique. Un contrat de vente, d'entreprise ou de prêt conclu entre un professionnel et un consommateur ne se distingue pas par son contenu et les obligations essentielles des parties du même contrat conclu entre deux professionnels ou deux particuliers. Ces contrats restent soumis au droit des contrats d'une part et droit spécial de la vente, du prêt ou d'entreprise, sauf dérogation en vertu d'une règle

فهو المستهلك الذي يتعاقد بعيدا عن نطاق مهنته أو حرفته. ويركز التعريف كذلك على غاية المستهلك من التعاقد، والتي يجب أن تتمثل في إشباع حاجة شخصية أو عائلية لا صلة لها بنشاطه المهني. كما يمكن تعريفه بأنه كل اتفاق يهدف إلى بيع سلعة أو تقديم خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث أي تغيير حقيقي فيه. وما يميز هذا العقد أكثر، أنه يرد على السلع والخدمات التي تستهلك بالتعاقد، أي له غاية محددة ومعينة وهي الاستهلاك، خلافا للعقود الأخرى التي ليس لها نفس الغاية، كعقد الشغل أو عقد الزواج مثلا.

إذن فعقد الاستهلاك لا يمكن فهمه إلا من خلال علاقة ثنائية القطب، فهو يربط ما بين المهني أو الحرفي أو المحتكر من جهة، والشخص العادي من جهة أخرى. ويحدد J. Amiel¹ DONAT الطبيعة القانونية لهذا العقد، فيعرفه بأنه: "عقد بمقتضاه يحصل المشتري المهني على سلعة أو عقار أو خدمة لأجل استعمال غير مهني". وعكس ذلك، يرى J.P. PIZZIO بأن مفهوم عقد الاستهلاك لا يمكن تحديده إلا من خلال الغرض الذي وجد من أجله، حيث يقول في هذا الصدد: "العقد الاستهلاكي هو العقد القانوني أو الفعل المادي الذي يحقق الغاية النهائية من وجود السلعة، مع حصر قيمتها الاقتصادية وتقليصها كليا أو جزئيا، وذلك من شأنه أن يؤدي إلى انكماش السوق بشكل جزئي أو مؤقت"².

ومجمل القول، فمهما تعددت التعاريف التي تحاول مقارنة المفهوم، فالأكيد هو أن عقد الاستهلاك أصبح موضوعا مثيرا للجدل والنقاش في الأوساط العلمية المهمة بدراسة القانون نظرا لانعكاس مظاهره على سلوك الفرد وعلى حياته الاجتماعية تبعا لمدى وضوح العلاقة بين طرفي هذا العقد.

spéciale propre au consommateur », J. BEAUCHARD, Droit de la distribution et de la consommation, P.U.F, 1996, p. 38.

¹- Jacqueline Amiel DONAT, Contrat de consommation, Jurisclasseur, fascicule 800, 1989.

² -Jean-Pierre PIZZIO, Droit de la consommation, encyclopédie Dalloz, 1987, p. 10.

أطراف عقود الاستهلاك

إن التطرق لمفهوم العقد الاستهلاكي يفرض تعريف طرفيه، أي المستهلك من جهة (أولاً)، والمهني من جهة أخرى (ثانياً):

أولاً: تعريف المستهلك

إذا كان مفهوم المشتري يبدو واضحاً في القواعد العامة، إذ هو الطرف الثاني في عقد البيع والذي سينتقل إليه المبيع، فإن مفهوم المستهلك في القواعد الخاصة في مجال الاستهلاك قد كان مثار جدل واسع.

لغة، يرجع أصل كلمة الاستهلاك *consommation* المشتقة منها المستهلك *consommateur*¹ إلى اللغة اللاتينية، حيث يعبر عنها بلفظ *consommare*، وتعني الاستعمال إلى غاية الإهلاك أو الإنهاء². أما في اللغة العربية، فاللفظ يشتق من كلمة "مستهلك" فيقال استهلك المال، أي أنفقه وأنفذه، والمعنى أنه يستعمل لإشباع حاجات ضرورية³.

أما اصطلاحاً، فيرتبط أول استعمال لمصطلح "مستهلك" في القانون الفرنسي بالقانون رقم 72-1137 بتاريخ 22 دجنبر 1972 المتعلق بحماية "المستهلك" في البيوع خارج المحلات التجارية والبيع بالموطن⁴، ثم بعده قانون Royer بتاريخ 27 دجنبر 1973 الذي تطرق "لجمعيات حماية المستهلكين"، ف القانون رقم 78-23 بتاريخ 10 يناير 1978 الذي أدخل مفهوم

¹ - Micro Robert : « Consommateur personne qui amène (une chose) à destruction en utilisant sa substance en en faisant un usage qui la rend ensuite inutilisable »

² - Rabih CHENDEB, Le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative (droits français, libanais et égyptien), L.G.D.J, édition Alpha, Paris, 2010, p. 18. Voir aussi: Natacha Sauphanor-Brouillaud, Les contrats de consommation, règles communes, L.G.D.J, Paris, 2011, p. 100.

³ - يفضل ذ. مهدي منير، استعمال مصطلح "الانتفاع" بدل الاستهلاك كدلالة على تمتع الفرد واستفادته من المنتوجات والخدمات، فليس المقصود هلاك الشيء بالمعنى الاقتصادي، بل استغلال كل ما هو طيب لمتنوع النفس وفق ما تقتضيه مصلحة الشرع. انظر أطروحته: المظاهر القانونية لحماية المستهلك، جامعة محمد الأول، وجدة، الموسم الجامعي 2004-2005، ص 18.

⁴ - Loi n° 72-1137 du 12 décembre 1972, relative à la protection du consommateur en matière de démarchage et de vente à domicile.

"الشروط التعسفية" إزاء "المستهلكين"¹. فقد تحول مفهوم المستهلك من مجرد فكرة اقتصادية² محضة إلى فكرة قانونية شغلت مكانة بارزة في التشريع وغالبية من الفقه، خاصة بعدما كثرت التشريعات التي عالجت وبشكل رئيسي تنظيم ودعم حماية المستهلك فيما يبرمه من عقود استهلاكية بوصفه الطرف الضعيف فيها³.

ولم يعرف النظام القانوني المغربي المستهلك سواء في قانون الالتزامات والعقود أو في بعض القوانين الخاصة⁴ المرتبطة بحماية المستهلك، لكنه حاول استدراك هذا الفراغ القانوني من خلال المادة الثانية من قانون 31.08 التي نصت على أنه "يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي"⁵. وبذلك فصفة "مستهلك" تفترض توفر ثلاثة شروط⁶، وهي:

- أن يكون الشخص طبيعياً أو معنوياً.
- أن يقتني أو يستعمل منتوجات أو سلعاً أو خدمات.

¹ - Rabi CHENDEB, op. cit, p. 18.

² - جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 1295 بتاريخ 25-11-2004، ملف عدد 1286-2004، ما يلي: "عقد القرض ولو كان شخصياً، فإنه في حد ذاته فتح اعتماد، وهو بذلك يعد عقداً بنكياً طبقاً للفصل 524 من مدونة التجارة، وبالتالي فهو عقد تجاري يعود اختصاص البث في المنازعات المرتبطة به إلى المحاكم التجارية بمقتضى الفصل 5 من قانون إحداثها".

³ - عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة القانون المغربية، 2009، ص 2.

⁴ - قانون 5 أكتوبر 1985 المتعلق بزجر الغش في البضائع.

- قانون 12 أكتوبر 1972 المتعلق بتنظيم مراقبة الأسعار.

- ظهير 29 أكتوبر 1959 المتعلق بالمحافظة على صحة الأمة.

- قانون 06-99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، الذي اقتصر على استعمال عبارة المستهلك أو عبارات عامة أخرى كالمشتري أو الزبون.

⁵ - وهو نفس التعريف الذي اعتمدته التوجيه الأوروبي رقم 97/7/UE بتاريخ 20 ماي 1997 المتعلق بحقوق المستهلكين:

- Dir2011/83/UE du PE et du conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, art. 2 : « consommateur » : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

- كما عرفته المادة 3 من قانون الاستهلاك الجزائري رقم 03-09 بتاريخ 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

⁶ - بوعبيد عباسي، مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد خاص 37، 2002، ص 174.

- أن تكون هذه المقتنيات موجهة لحاجات غير مهنية¹.

كما أن الفقه المغربي فلم يعتمد تعريفا موحدا للمستهلك، حيث انقسم بين اتجاهين اثنين تراوحا بين التقييد والإطلاق:

أ - الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك

يعرف أنصار هذا الاتجاه المستهلك بأنه: "كل شخص يتعاقد بهدف إشباع حاجياته الشخصية أو العائلية، وبالتالي لا يكتسب صفة المستهلك من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه"²، واعتبر الأستاذ الزوجال أن: "هذا التعريف هو أضيق التعريفات وأفضلها، لأنه يقتصر على الشخص الذي يتعاقد بهدف إشباع حاجاته الشخصية له أو لأحد أفراد عائلته، وبذلك ستمنع فئة التجار والمهنيين الذين يتعاقدون لأغراض تجارية أو مهنية من التمتع بالحماية التي يكفلها القانون للمستهلك"³. وهو نفس المنحى الذي تبناه كلا من: "نور الدين الرحالي"⁴، و"محمد البودالي"⁵، و"السيد محمد السيد عمران"⁶، و"Philippe Malinvaud"⁷، و"J. Ghestin" و"⁸ Jean calais AULOY".⁹

-
- ¹ - لتفصيل مفهوم "الغرض غير المهني"، انظر: مهدي منير، المظاهر القانونية لحماية المستهلك، م. س، ص 54.
- ² - Abdelwahed Chair, Libert é des prix et concurrences, éditions maghrébines, Casablanca, 2000, p. 49.
- عبد الخالق أحمدون، حماية المستهلك وسبل الرفع من مستوى الوعي الاستهلاكي، مداخلة ضمن أشغال يوم دراسي تحت عنوان "حماية المستهلك المغربي: قراءة على ضوء مشروع القانون 31.08"، كلية الحقوق بطنجة، 20 ماي 2009.
- يوسف الزوجال، المفهوم القانوني للمستهلك، دراسة تحليلية مقارنة على ضوء القانون 31.08، سلسلة دراسات وأبحاث" العدد 4، منشورات "مجلة القضاء المدني"، ص 23 وما يليها.
- ³ - يوسف الزوجال، المفهوم القانوني للمستهلك، دراسة تحليلية مقارنة على ضوء القانون 31.08، سلسلة "دراسات وأبحاث"، العدد 4، منشورات مجلة القضاء المدني، ص 28.
- ⁴ - نور الدين الرحالي، التطبيقات العملية الحديثة في قضايا الاستهلاك، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2014، ص 77.
- ⁵ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، 2006، ص 11.
- ⁶ - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية ودراسة تطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف الجديدة، 1986، ص 8.
- ⁷ - Philippe MALINVAUD, La protection des consommateurs, RDS, 1981, 7è cahier, chron, p. 49.
- ⁸ - Jaques GHESTIN, Traité de droit civil, la formation du contrat, L.G.D.J, 3è édition, 1990, n° 77, p. 54.
- ⁹ - Jean Calais AULOY, Droit de la consommation, 3è édition, 1992, p. 4.

بل بلغ التشدد في تضيق مفهوم المستهلك إلى استبعاد صفة "مستهلك" حتى عن الشخص الذي يتصرف لأغراض مهنية بشكل جزئي، وعن المهني الذي يتصرف لغرض مهني حتى ولو كان تصرفه خارج مجال اختصاصاته المهنية، لكونه يكون أقل جهلا من المستهلك العادي¹. وبالتالي فهذا المفهوم المضيق مماثل للمفهوم الاقتصادي للمستهلك، أي المستهلك هو الحلقة الأخيرة في الدورة الاقتصادية².

ب - الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك

وفقا لهذا المفهوم، يعتبر المستهلك المحترف الذي يتصرف خارج مجال اختصاصه المهني مثله مثل المستهلك العادي، أي أنه يكون أيضا في موقف ضعف بحكم أنه وإن كان مهنيا فهو يتصرف خارج مجال احترافه، وبالتالي قد لا يفقه شيئا بخصوص السلعة أو الخدمة محل التعاقد³. لكن الإشكال الذي يطرح هنا مدى إمكانية توسيع الاستفادة من القواعد الحمائية لقانون الاستهلاك إلى أشخاص ليسوا مستهلكين بالمعنى الضيق؟

فبعض الفقه المغربي⁴ الذي يدعم هذا الاتجاه يمدد الحماية إلى المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه، معتمدا على معياري: عدم الاختصاص والعلاقة المباشرة⁵. أما في الفقه الفرنسي، فيعد Didier FERRIER من أكبر المدافعين عن هذا الاتجاه، حيث ذهب إلى أن: "المفهوم الواسع للمستهلك هو الذي ينسجم مع غايات قانون الاستهلاك"⁶، بل استغرب "لعدم قبول الفقهاء الأكثر ارتباطا بقانون الاستهلاك بالمفهوم الواسع للمستهلك، وأرجع ذلك إلى

¹ - Marie – Stéphane PAYET, Droit de la concurrence et droit de la consommation, Dalloz, Paris, 2001, p. 52.

² - يوسف الزوجال، م. س، ص 29.

³ - هدى تريكي، الحماية المدنية الإجرائية للمستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2017. ص 26.

⁴ - إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة طنجيس، عدد 3، 2003، ص 63، حيث اعتبر أن "المستهلك هو كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك".

⁵ - للمزيد حول هاذين المعيارين، انظر: يوسف الزوجال، م. س، ص 29 و 30.

⁶ - Didier FERRIER, La protection des consommateur, Dalloz, 1996, p. 14.

تخوفهم من المساس بمجال قانون الاستهلاك، وبالتالي بهذا القانون نفسه¹. أما القضاء الفرنسي فبدوره يبدو مترددا بين الموقفين، إذ نجده يعتمد المفهوم الضيق تارة²، والموسع تارة أخرى³.

وكيفما كانت نتيجة هذا الاختلاف في تعريف المستهلك، فإن الاتفاق منصب على أن اكتساب هذه الصفة لا يتم إلا في الوقت الذي تتوافر فيه شروط معينة في من يراد وصفه بها، لأن اكتساب الصفة يرتب مجموعة من الآثار القانونية، وفي مقدمتها حماية الحقوق الناتجة عن عقد الاستهلاك. وقد جاء في قرار لمحكمة النقض أنه: "تعتبر الصفة من النظام العام، ويتوجب على المحكمة مناقشتها متى تم الدفع بها أمامها"، هذه الشروط يمكن استنباطها من تعريف المستهلك ذاته، حيث يمكن اختزالها في ثلاث شروط أساسية⁴، وهي:

- 1- أن يكون المستهلك شخصا طبيعيا أو معنويا.
- 2- توافر نية الاستهلاك.
- 3- إشباع حاجات شخصية أو مهنية غير متخصص فيها.

ثانيا: تعريف المهني (المورد)

لا يثير تعريف "المهني" صعوبات كبيرة مقارنة بتعريف مفهوم "المستهلك"، فضمن التعريفات الواردة في المادة 2 ق. ح. م، يعرف المشرع المغربي في الفقرة 2 منها المورد (المهني) على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري"، وهو نفس التعريف الذي نجده في مدونة الاستهلاك الفرنسية⁵ التي تنسجم مع التعريف الأوروبي

1 - بوعبيد عباسي، مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد خاص 37، 2002، ص 195.

2 - Cass. civ, 21 février 1995.

3 - Civ. 27 Juin 1989, D. 1989 I.R.252.

- Civ. 15 Avril 1986 Trib. Civ. 1987. 86 obs. Mestre.

- Civ. 23 Juin 1987, RTD. Com. 1990, obs. Bouloc.

- TGI. Angers. 11 mars, 1986 : éd. JCP 1987, éd. G, II, 20789, note Gridel.

- Cass. 1^{re} civ, 28 avr. 1987: JCP 1987, éd. G, II, 20893, note G. Paisant.

- D. 1988, p. 1, note Ph. Delebecque.

4 - للمزيد حول هذه الشروط، انظر: نور الدين الرحالي، م. س، ص 80 - 89.

5- Art. liminaire du code de consommation : « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité

الموحد¹. فالمهني (المورد، المحترف، المتدخل) هو الشخص الذي يتصرف من أجل تلبية حاجات مهنته كشرائه للسلع من أجل إعادة بيعها². وكلمة مهني أو محترف متأنية من مهنة أو حرفة، ومعناها في قانون حماية المستهلك: "كل نشاط منظم³ لغرض الإنتاج أو التوزيع أو أداء الخدمات، فهي تتضمن مفاهيم المؤسسة أو المشروع⁴". والمهني قد يكون شخصا طبيعيا، كما قد يكون شخصا معنويا مثل الشركات والمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي. وما يميز المهني هو وجدوه في مركز أقوى من مركز المستهلك، بالإضافة إلى قدراته المالية. ولتعديل الكفة بين هاذين الطرفين المتناقضين وجدت قوانين الاستهلاك. كما عرفه البعض الآخر⁵ بأنه: "كل متدخل في إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك من طور الإنشاء الأولي إلى العرض النهائي قبل الاقتناء من قبل المستهلك"، أي جميع المهنيين المتدخلين في العلاقة الاستهلاكية، سواء تعلق الأمر بعرض المنتج: كالصانع والمنتج والمستورد والموزع، أو بتقديم الخدمة: كالوكالات السياحية، والأبنك والمحامين والموثقين...

خصائص العقد الاستهلاكي

من خلال كل ما سبق يمكننا استخلاص أهم خصائص العقود الاستهلاكية، والتي يمكن إجمالها في النقاط التالية:

commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ».

¹- La directive 2011/83/UE du PE et du conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, art. 2 : « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive ».

² - تريكي هدي، م. س، ص 29.

³ - أي أن النشاط المؤقت وغير المنتظم لا يعتبر مهنة أو حرفة، وبالتالي لا يعطي لممارسه صفة "المهني".

⁴ - محمد بودالي، م. س، ص 33.

⁵ - عبد الرزاق بولنوار، المهني والمستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية، دراسة في ضوء القانون الجزائري والفرنسي، مقال منشور على الصفحة الإلكترونية لجامعة ورقلة، الجزائر:

<http://dspace.univ-ouargla.dz/jspui/handle/123456789/7082>

(تم تصفحه بتاريخ: 2020-12-10)

1- من حيث محل التعاقد

يتميز العقد الاستهلاكي بأن محله يتمثل في المنتجات اللازمة لإشباع الحاجات الشخصية أو العائلية للمستهلك أو لأفراد أسرته. وعلى ذلك فإن عقد الاستهلاك يتمثل في شراء مواد غذائية أو استئجار مسكن أو التعاقد من أجل الحصول على خدمة معينة كالهاتف أو الأنترنت. وقد يتمثل هذا العقد أيضا في التأمين على الأشخاص أو من الأضرار أو في عقد العلاج الطبية أو الاستشارات التقنية. فالمعيار إذن أن يكون محل العقد سلعة أو خدمة ضرورية لإشباع حاجات المستهلك الشخصية أو العائلية والتي لا علاقة لها بنشاطه المهني.¹

2- من حيث التوازن العقدي بين طرفي العقد

لا يخفى أن على تنظيم عقود الاستهلاك ووجود تشريع خاص بحماية المستهلك تتمثل في كون أحد طرفي العقد وهو المستهلك يعد طرفا ضعيفا يحتاج للحماية بصورها المختلفة. فالعنصر المميز لتلك العقود يكمن في عدم التوازن المعرفي والقانوني والاقتصادي بين طرفيها، فالأول وهو المهني أو المحترف يتمتع بالقدرة الاقتصادية والقانونية والفنية، كما يحيط علما بالبيانات والمعلومات الجوهرية التي من شأنها التأثير في قرار التعاقد أو مضمونه.²

وفضلا عن ذلك، فإن عقد الاستهلاك قد يرد على سلعة أو خدمة أو سلعة يحتكرها المهني أو المحترف، بحيث لا يجد المستهلك بديلا عن التعاقد معه بشأنها. إضافة إلى أن المنتج قد يلجأ في سبيل ترويج منتجاته لوسائل الدعاية التي من شأنها أن تخاق لديه الرغبة في اقتناء

¹ - مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، م. س، ص 12.

² - «... La technique du contrat est transposée sur un plan nouveau d'inégalité flagrante éclate entre les rôles joués par les deux parties dont l'une a l'initiative de la formule, de la rédaction, dont l'autre se borne à entrer dans la combinaison qui a été établie en dehors de sa participation, de sorte que l'autonomie de volonté est réduite au minimum, au choix entre la conclusion et la non-conclusion du contrat, comme il advient fréquemment, l'auteur de la prérédaction, du cliché contractuel bénéficie d'un monopole qui fait obstacle au libre jeu de la concurrence... ». L. Josserand, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, R.T.D. civ, 1937, p. 9.

تلك المنتجات رغم عدم حاجتهم إليها فعلياً. فالسياسات التسويقية في الوقت الحاضر لم تعد تقف عند الحث على التعاقد، بل استحدثت وسائل شتى لإغراء المستهلك ليحوز سلعا لا حاجة له بها في الواقع¹. وبعبارة أخرى، فإن ظهور فكرة الائتمان الاستهلاكي أدى للإقدام على الاستهلاك غير المحسوب، كما أدى أيضا لإبرام العديد من عقود الاستهلاك دون ترو أو تدبر أو دراسة واعية لقرار التعاقد².

3- من حيث التنظيم التشريعي

تندرج عقود الاستهلاك ضمن ما ينظمه القانون المدني أو التجاري من عقود، وإن كانت تتميز عن باقي العقود من حيث طبيعة محلها أو صفة أطرافها، ومن أجل ذلك حرص المشرع سواء في فرنسا أو معظم الدول العربية على سن تشريع خاص بها بحيث بعد الشريعة الخاصة بشأنها. وعلى ذلك فإن أحكام القانون المدني أو التجاري تكون واجبة التطبيق حال خلو التشريع الخاص من حكم للمشكلة المثارة. وحرى بالبيان أن القواعد الخاصة بحماية المستهلك تتسم بالطابع الأمر لكونها تنتمي لفكرة النظام العام الحمائي³. وتتميز تلك القواعد أيضا بكونها تهدف إلى حماية الطرف الضعيف وهو المستهلك، سواء من خلال إكسابه بعض الحقوق أو إلزام المهني بالعديد من الالتزامات، وعلى رأسها الالتزام بالإعلام سواء قبل إبرام العقد أو أثناء تنفيذه⁴.

ونشير أخيرا، إلى أن الشفافية في العقود الاستهلاكية ليست وليدة اليوم، بل كانت دائما موجودة وإن تحت مسميات مختلفة، لكنها بنفس المضمون، ألا وهو حماية مصالح المستهلك، وهو ما سيتضح من خلال الوقوف عند التطور التاريخي في هذا المجال.

¹ - تتمثل تلك الوسائل في الوعد بجوائز مالية أو تقديم كميات من السلع والخدمات المجانية، أو منح المستهلك تسهيلات في السداد...

² - طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية، ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 24.

⁴ - مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، م. س، ص 14.

التطور التاريخي للشفافية في عقود الاستهلاك بالمغرب

نميز في هذا السياق بين ثلاث مراحل شهدها المغرب، تدرجت معها عقود الاستهلاك ودرجات شفافيتها مع التغيرات التي شهدتها الاقتصاد والمجتمع، وهي:

مرحلة ما قبل الحماية

كان التشريع المغربي يستمد أحكامه من التشريع الإسلامي بمصادره المتنوعة، وخاصة المذهب المالكي. ومن المعلوم أيضا أن الشريعة والفقه الإسلاميين، قد أوليا عقود الاستهلاك اهتماما بالغاً من خلال قواعد هامة، أبرزها تلك التي تدعو إلى إتقان العمل، ومحاربة الغش والكذب في المعاملات¹، ومنع الربا، والدعوة إلى شفافية المعاملات². فمجرد الكذب في الشريعة الإسلامية يجعل العقد باطلا، حتى لو نجم عنه غبن يسير، لأن الغبن في هذه الحالة يكون مبنيا على الخيانة والتغريب فيما يسمى ببيع الأمانات التي تنبني على الصدق والثقة والأمانة³.

كما كان لمؤسسة الحسبة⁴ دور فعال في مراقبة ضبط الأسواق، حيث يختص المحتسب بمنع الغش في المبيعات وتدليس الأثمان والتأديب عليه، ويكون هذا التأديب أشد عندما يستغل البائع جهل وعدم حيطة المشتري، أما إذا كان يعلمه فالتعزير يكون أخف، فالمحتسب ملزم بالطواف في الأسواق وتفقد الباعة والموازين وكشف الدكاكين، والتأكد من سلامة الأطعمة من الغش عن طريق الاستعانة بذوي الاختصاص⁵. وخلال هذه المرحلة، لم تكن مسألة حماية

1 - يقول الله عز وجل: "وبل للمطففين الذين إذا اكتالوا على الناس يستوفون وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون، ألا يظن أولئك أنهم مبعوثون ليوم عظيم، يوم يقوم الناس لرب العالمين". سورة المطففين، الآية 6-1.

2 - يقول الرسول (ص): "المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه". سنن ابن ماجه، رقم 2252.

3 - العربي محمد ميا، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي، طبعة 2018، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 392.

4 - الحسبة هي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الذي هو فرض قائم على القائم على المسلمين يعين لذلك من يراه أهلاً له. (مقدمة ابن خلدون، الطبعة 4، 1978، دار الباز للنشر والتوزيع، ص 226).

5 - في المغرب حيث استقر الفقه المالكي منذ استتباب الأمر للأدارسة تأسس فقه الحسبة على أحكام المعاملات، وبالرغم من ازدهار مؤسسة الحسبة في عدوة الأندلس واستقلالها عن باقي المؤسسات، فإنها ظلت من عهد الأدارسة إلى عصر الموحدين في أمرها الغالب تدخل في مهام الإمام وقضاته لتظهر بشكل متميز في عهد المرينيين بالرغم من أن بعض اختصاصات المحتسب بقيت متداخلة مع اختصاصات بعض الولايات الأخرى، واستمرت على ذلك في العهد الوطاسي والسعدي بشكل منظم، وبلغت شأواً عظيماً في عهد العلويين الذي اختصوا شخصياً بكل الأمور المتعلقة بالمحتسبين، لكن هذا الدور تراجع في فترة الحماية، إلى حدود صدور ظهير 9-12-1938 الذي أسند بعض الاختصاصات للمحتسبين

المستهلك تثير إشكالات كبيرة، وذلك لوضوح القواعد الفقهية من جهة، ولبساطة الحياة الاقتصادية والاجتماعية آنذاك من جهة ثانية، بحيث لم تكن أساليب التسويق والإشهار وطرق التعاقد الحديثة قد دخلت البلاد بعد.

مرحلة الحماية

أهم ما طبع هذه المرحلة هو ظهور التشريعات "العصرية" التي أضيفت إلى قواعد الفقه والشريعة التي كانت تطبق قبل ذلك. ومن التشريعات التي صدرت في هذه المرحلة¹، وكانت لها علاقة مباشرة بالاستهلاك، نجد قانون 14 أكتوبر 1914² الذي نقل بموجبه قانون 1 غشت 1901 الفرنسي، ليتم تطبيقه في المغرب، لكن هذا القانون لم يكن في حينه يتميز بفعالية كبيرة، نظرا ضعف الوسائل المتاحة للمصالح المكلفة بتطبيقه، كما أنه كان مقتصرًا على الأسواق التي يتزود منها الفرنسيون³. ومن التشريعات الأخرى التي صدرت خلال هذه المرحلة، نذكر ظهير 13 غشت 1926 المتعلق بزجر من يسلف مالا بفائدة مفرطة في المنطقة الفرنسية آنذاك⁴، وكذا ظهير 17 يوليوز 1936 المتعلق ببيع السيارات بالسلف⁵.

مرحلة الاستقلال

تميزت السنوات الأولى بعد استقلال المغرب عن الاستعمارين الفرنسي والإسباني بحدوث فضيحة الزيوت المسمومة بمكناس سنة 1959، ونظرا لحجم الكارثة التي خلفتها، أصدر المشرع المغربي قانونا لمعاقبة المتورطين في هذه الحادثة المأساوية، وتم تطبيقه بأثر رجعي،

في زجر الغش، لتسترجع مكانتها بعد الاستقلال من خلال ظهير 21-6-1982 المتعلق باختصاصات المحتسب وأمناء الحرف.

1 - وقبل ذلك كانت هناك محاولات أولى للتقنين، نذكر منها:

- قرار بلدية الدار البيضاء بتاريخ 20-11-1913 المتعلق بزجر الغش في تجارة المواد الغذائية والمواد المخصصة للمداواة ويمنع عرضها للبيع أو بيعها، وينظم حجز المواد المزيفة أو المغشوشة.

- ظهير 26 مارس 1914 المتعلق بمخالفات قرارات الباشوات والقواد، وهو ظهير يتميز في ميدان زجر الغش بنوع من القسوة، مما أدى إلى رفضه من قبل التجار وهو ما حد من فعاليته.

2 - منشور بالجريدة الرسمية عدد 105 في 26-10-1914.

3 - عبد العزيز الصقلي، دراسة للقانون المغربي للاستهلاك، سلسلة قانون الأعمال والقانون الاقتصادي، مطبعة سجلماصة، مكناس، 2005، ص 3.

4 - صدر هذا الظهير تطبيقا للفصل 878 من قانون الالتزامات والعقود.

5 - عمرو قريوح، الحماية القانونية للمستهلك، القرض الاستهلاكي نموذجا، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2006-2007، ص 18.

خلافًا لما تقتضيه القواعد العامة في هذا الشأن. وتوالى بعد ذلك إصدار القوانين ذات الصلة بمجال الاستهلاك خلال هذه المرحلة، ومنها:

- القانون 08.71 المتعلق بتنظيم ومراقبة الأسعار، الصادر بتاريخ 12-10-1971.
- القانون 02.82 المتعلق باختصاصات المحتسب وأمناء الحرف.
- القانون 13.83 الصادر بتنفيذه ظهير 05 أكتوبر 1984¹.
- القانون 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة².
- وأخرها وأهمها: القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

وأهم ما يميز القانون الأخير، رغم النقائص التي تعتريه³، هو مواكبته للمستجدات على مستوى وسائل التعاقد الحديثة، وتضمنه لأهم التقنيات والآليات القانونية المستحدثة التي تهدف إلى ضمان الحد المعقول من شفافية العقود، واستفادته من التشريعات المقارنة التي راكمت تجربة طويلة في هذا المجال.

أهمية البحث

تتجلى أهمية الموضوع في عدة نواح:

الأهمية القانونية: تتجلى الفائدة القانونية لموضوع الدراسة في إبراز مدى حضور الشفافية في عقود الاستهلاك، أي مدى كفاية الوسائل والآليات القانونية لضمان عقود استهلاكية شفافة ومتوازنة، وبالتالي رصد مكامن النقص والمحدودية واقتراح الحلول لتجاوزها.

¹ - ينص صراحة على أن أعمال البحث والمراقبة لا تهدف فقط إلى إثبات المخالفات إن وقع ارتكابها والبحث عن مرتكبيها ومعاقبتهم، بل تهدف كذلك إلى تلافى الغش الذي يمكن لأن يرتكب على المواد الغذائية والمشروبات والمواد المخصصة للمداواة انطلاقاً من مبدأ الوقاية خير من العلاج، مما يجعلها وسيلة فعالة في ضمان شفافية المعاملات.

² - عمرو قريوح، مرجع سابق، ص19.

³ - للمزيد حول هذا الموضوع، انظر: عبد القادر العرعاري، قراءة انطباعية أولية بخصوص القانون رقم 31-08 المتعلق بحماية المستهلك، مداخلة ضمن محاور اللقاء الوطني الأول حول مقتضيات القانون المتعلق بحماية المستهلك، نظمتها شعبة القانون الخاص بشراكة مع وزارة الصناعة والتجارة بتاريخ 6 ماي 2011 بكلية الحقوق، أكادال، الرباط. منشور بسلسلة "دراسات وأبحاث"، العدد 4، منشورات "مجلة القضاء المدني"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 11-22.

الأهمية الاقتصادية: من شأن ضبط العلاقة بين المهنيين والمستهلكين أن تفرز عقوداً استهلاكية متوازنة، وبالتالي تراعي المصالح الاقتصادية والمالية للمستهلك، مما سيخلق دينامية اقتصادية حقيقية تسودها الثقة والمصالح المتبادلة، دون إقصاء ولا استغلال لضعف أو حاجة.

الأهمية الحقوقية: لا شك أن حماية حقوق المستهلك بصفة عامة ومن بينها حقه في الشفافية، هي ترجمة فعلية لحقوق الإنسان في بعدها لاقتصادي والاجتماعي أيضاً.

الدراسات السابقة

- **وطنيا،** فموضوع دراستنا هذا غير مسبوق، إذ لم نصادف بحثاً أو مؤلفاً لا باللغة العربية ولا الفرنسية، يتناول "الشفافية في عقود الاستهلاك" كعنوان¹، لكن كمواضيع متفرقة، فمجال عقود الاستهلاك عرف مؤخراً كتابات وإنتاجات غنية وذات قيمة مضافة حقيقية استفدنا منها في دراستنا هاته.

فالمهدف الأساس لموضوع بحثنا، هو تجاوز المقاربة الشكلائية التي أسهب فيها القانون 31.08، والتركيز على ما يجنيه المستهلك عملياً من هذه المقتضيات القانونية المستحدثة، واقتراح الحلول بعد الوقوف على الهوة الفاصلة بين النص والواقع.

- **بالنسبة للفقهاء المقارن،** فقد حصلنا على العديد من المراجع التي تتطرق لمختلف المواضيع التي تخدم شفافية عقود الاستهلاك عامة، لكن تلك التي تتناول مفهوم "الشفافية" بشكل مباشر فهي جد محدودة، وهي:

- Nancy VIGNAL, La transparence en droit privé des contrats, (Approche critique de l'exigence), presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, 352p.

¹ - أزواغ فاطمة، مقاربة الشفافية في عقود القانون الخاص، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير، نوقشت مؤخراً بتاريخ 22 يوليوز 2022.

- Revue de Jurisprudence Commerciale, 37° année, N° 11(numéro spécial), La transparence, Novembre, 1993, 180 p.
- Norbert REICH, Le principe de la transparence des clauses limitatives relatives au contenu des prestations dans le droit allemand des conditions générales des contrats, Actes du colloque : Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe (13 et 14 déc 1990), sous la direction de Jaques GHESTIN, organisé par le centre de droit des obligations, université Paris I, L.G.D.J, 1990, p. 78-93.
- Jean François Kerléo, La transparence en droit, recherche sur la formation d'une culture juridique, bibliothèque des thèses, éditions mare & martin, droit public, Paris, 2015, 995p.

الإشكالية

لقد تمت صياغة إشكالية البحث كالتالي:

- ما مدى كفاية القواعد القانونية العامة والخاصة لضمان الشفافية في عقود المستهلك؟

وتتفرع عنها إشكالتان فرعيتان هما كالتالي:

- ما هي القواعد القانونية الكفيلة بضمان شفافية العقد الاستهلاكي؟

- ما مدى كفاية هذه القواعد القانونية لضمان شفافية العقد الاستهلاكي؟

المنهجية المعتمدة

اعتمدنا في هذه الدراسة منهجا مختلطاً، يجمع بين المنهج التحليلي والمنهج المقارن:

- فهو منهج تحليلي: يقوم على جمع الحقائق والمعلومات والعمل على دراستها وصولاً

إلى استخلاص النتائج الخاصة بموضوع الدراسة. فالدراسة تقوم على عرض الاتجاهات

القضائية وتحليلها ومتابعة تطورها، وتحليل النصوص القانونية ذات الصلة تحليلًا يقوم على الموازنة والمناقشة والتكامل، ومحاولة الربط بينها ثم التعبير عنها وصولاً إلى استخلاص نتائج الدراسة.

- وهو منهج مقارن: إذ تتطرق الدراسة في الكثير من مواضيعها إلى المقارنة بين التشريعين المغربي والفرنسي خاصة، رغبة في الاستفادة من الكتابات التي تناولت نفس موضوع الدراسة أو اقتربت منه، والوقوف على الدور الذي قام به القضاء والتشريع الفرنسيين في هذا الخصوص، كما تشير الدراسة إلى الحلول الواردة في بعض التشريعات العربية إزاء العقد الاستهلاكي بصفة عامة، ونحاول من خلال ذلك، الوقوف على مكانن القصور والمحدودية في التشريع المغربي، ومدى إمكانية تبني الحلول التي أتى بها القانون المقارن لتلافي هذا القصور.

تصميم الدراسة: ترتيباً على ما سبق، تنقسم الدراسة إلى بابين:

الباب الأول: الأسس النظرية للشفافية في عقود الاستهلاك.

الباب الثاني: محدودية الشفافية في عقود الاستهلاك.

الباب الأول: الأسس النظرية للشفافية في عقود المستهلك

المطلع على مدونة نابليون لسنة 1804 وكذا القوانين المتأثرة بها كقانون الالتزامات والعقود المغربي، يستنتج بأن الإرادة كانت قادرة بمجرد توافقها مع إرادة أخرى على إحداث أثر قانوني يدعى الاتفاق أو العقد. وإذا كانت هذه النتيجة من المسلمات في ظل هذا القانون، نظرا لأن جل المعاملات تبنى على المواجهة والمفاوضة والتنازلات من كلا المتعاقدين، فإن الأمر لم يعد كذلك في ظل الطفرة الاقتصادية التي عرفتھا المجتمعات المعاصرة على اختلاف أنواعها ورقبها ووعبها، واندحار المنتجات الحرفية البسيطة. والحاصل أن التعامل التجاري والاقتصادي لم يعد مبنيا على العلاقة الشخصية بين الأفراد كما تصورھا نابليون، وإنما على التدافع في المصالح بين الأشخاص فرادى وجماعات، أشخاصا ذاتيون ومعنويون، الشيء الذي أدى إلى تقييد إرادة الشخص في المجادلة ومناقشة شروط العقد، وأصبح عنوان التعامل هو العقود النموذجية المعدة سلفا من طرف المحترک والتي تبرم بالإذعان¹. الأمر الذي يجعل التساؤل حول مدى شفافيته شكلا ومضمونا أمرا مشروعاً بل وملحا².

ولقد كان لتدخل الدولة في المجال التعاقدي أن فتح الباب لتوسيع دائرة النظام العام بشكل جعل عقود المستهلك مراقبة من طرف الأجهزة الإدارية أو القضائية بداعي الحفاظ على الأمن التعاقدي المتمثل في سن نظام عام حمائي يحمي الطرف الضعيف في العقد. وعليه، فالهدف الأسمى من المقتضيات الحمائية التي تعج بها، نظريا، القوانين العامة والخاصة ذات الصلة بالتعاقد عامة وفي مجال المستهلك خاصة، هو ضمان شفافية هذ العقود حتى تكون متوازنة وانعكاسا حقيقيا لإرادة أطرافها، وبالتالي آلية لإشباع حاجياتهم والاستجابة لانتظاراتهم المشروعة.

¹ - من خصائص عقود الإذعان:

- توضع شروط العقد من طرف المحترک ولمصلحته ولا يمكن مناقشتها وإنما الإذعان لها وفقا لمقولة "TAKE IT OR LEAVE IT"

- يتخذ في الغالب الإيجاب في عقود الإذعان شكل مشروع عقد نموذجي.

- احتكار الموجب للخدمة أو السلعة محل العقد احتكارا قانونيا أو فعليا، ولا يمكن للمدعن الاستغناء عنها إلا بضرر.

- توجيه الإيجاب لفائدة الجمهور.

² - العربي محمد مباد، م. س، ص 9.

وقد جاء في محضر المناقشة العامة لمجلس النواب لمشروع قانون تحديد تدابير حماية المستهلك رقم 31.08 السالف الذكر، أن "خيار انفتاح المملكة المغربية على السوق العالمي هو خيار استراتيجي يتطلب الارتقاء بقوانين المملكة وآليات الضبط في الميادين الاقتصادية والمالية والاجتماعية والتي يعد من ضمنها حماية المستهلك..."، ولا يحتاج الأمر إلى عناء كبير للوقوف على مدى حاجة هذا الأخير إلى حماية ناجعة وفعالة خاصة إزاء المضمون العقدي الذي غالبا ما يشوبه غموض وتعسف مقصودين هدفهما تحقيق مصالح المهني المحصن معرفيا وقانونيا وتقنيا على حساب مصالح المستهلك الذي يعاني الهشاشة والإقصاء من حقه في التنوير والتوجيه والنصح في مختلف مراحل العقد الاستهلاكي.

ولمقاربة مفهوم الشفافية في عقود الاستهلاك، سنتناول بالبحث والتحليل المقصود بشفافية العقد الاستهلاكي (الفصل الأول)، ثم مظاهرها في السياق القانوني المغربي والمقارن (الفصل الثاني).

الفصل الأول: ماهية الشفافية في عقود الاستهلاك

لقد أصبحت الشفافية موضوعا يكتسح مختلف مناحي الحياة السياسية والاقتصادية والقانونية، وإن كان تحديد مفهوم من الناحية القانونية تعترضه عدة صعوبات لأنه ليس موضوعا مستقلا بذاته نظرا لكونه مفهوما أفقيا ومجال تدخله يشمل جميع الأنشطة البشرية الفردية والجماعية، حيث إن الثقافة العقدية الجديدة أضحت تميل إلى الاعتماد على أخلاقيات موجهة كالتضامن والأخوة والتعاون والنزاهة والشفافية، بحيث لم تعد المبادلات والعلاقات الاقتصادية وعاء للمنفعة فقط، بل وسيلة للعدالة والأخلاق العقدية.

فالشفافية كمبدأ موجه للقانون يهدف إلى تحقيق المساواة والأخلاق والأمن القانوني والحوار بين الحقوق، وبهذا فهي مفهوم منشئ لقانون يقوم على العلم بالأشياء وليس الاعتقاد بها فقط¹. هذا الأمن والحوار بين الحقوق يجب أن يسود كل مراحل العقد، أي من مرحلة الإعداد له إلى مرحلة اتخاذ القرار بالتعاقد فمرحلة التنفيذ. لأجل ذلك وجب العمل في التصرفات القانونية على منع تسلط الطرف القوي على الطرف الضعيف، وذلك من خلال تقييد إرادة الأول لصالح الثاني، حتى نصل إلى المساواة الفعلية بين الالتزامات وهو ما يهدف إلى تحقيقه قانون الالتزامات والعقود المغربي وقانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك² إضافة إلى باقي النصوص القانونية الأخرى ذات الصلة. كما نصت التوجيه الأوروبية على مبدأ الشفافية بما يفيد أن تتم صياغة شروط التعاقد بلغة سهلة واضحة ومفهومة لدى المستهلك وذلك تحقيقا لحمايته³، مؤكدة على أهمية مبدأ الشفافية في ضمان عدالة الشروط المستخدمة

¹ - Philippe MALINVAUD, La transparence contractuelle dans les marchés de travaux privés, Gaz. Pal, spécial droit immobilier, recueil mai- juin 2002, p. 974.

² - ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك. ج. ر عدد 59323 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011).

³ - الفقرة 1 من المادة 5 من التوجيه الأوروبية رقم 13 بتاريخ 5 أبريل 1993، المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين:

DIRECTIVE 93/13/CEE DU CONSEIL, Art.5 :

« Dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut ».

في عقود الاستهلاك بحيث يتمكن المستهلك من قراءة محتواها وفهمها لاتخاذ القرار المناسب بشأن التعاقد.

ويتطلب تحقق مبدأ الشفافية أن تصاغ الشروط التعاقدية بحيث يتمكن المستهلك من الوصول إليها والاطلاع على مضمونها، وتقديمها له بلغة واضحة وصياغة مفهومة وخط واضح يثير انتباه المستهلك إلى وجودها وسهولة قراءتها، وإعلام المستهلك بالآثار القانونية المترتبة على الشروط العقدية التي تتضمن الإشارة إلى الجوانب القانونية، ومنح المستهلك الوقت الكافي لقراءتها وتقديم الشروحات الكافية لفهمها¹. ونظرا لصعوبة حصر الحالات التي تصاغ بشكل يتعارض مع متطلبات الشفافية ومن ثم تكون غامضة، فقد نص المشرع الأوروبي على مبدأ الشفافية بصورة عامة، وترك الأمر للمحاكم الوطنية للدول الأعضاء للبحث في كل حالة على حدة وتبعا لطبيعة العقود والظروف المحيطة². ومن ثم فسنحاول تحديد ماهية الشفافية (الفرع الأول)، ثم رصد مظاهرها في عقود الاستهلاك (الفرع الثاني).

¹ - المادة 9 ق. ح. م: "فيما يتعلق بالعقود التي يحرر جميع أو بعض شروطها المقترحة على المستهلك كتابة، يجب تقديم هذه الشروط وتحريرها بصورة واضحة ومفهومة. وفي حالة الشك حول مدلول أحد الشروط، يرجح التأويل الأكثر فائدة بالنسبة إلى المستهلك".

² - Art.7 : « Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel. »

الفرع الأول: محاولة في تحديد الشفافية في عقود الاستهلاك

بما أن المستهلك يمثل جزءا من المجتمع، أو بصحيح العبارة كل أفراد المجتمع مستهلكون، فقلة خبرته ومعرفته بالأمر التقني والعلمية للمنتجات بما فيها من سلع وخدمات، والأضرار التي قد تسببها له تؤثر على الحياة الاجتماعية وعلى الاقتصاد ككل. فقد سأل أحد الأشخاص الرئيس الأمريكي¹ D. D. Eisenhower عما يجب أن تفعله الأمة من أجل تحسين الوضع الاقتصادي، فرد عليه قائلا: "الشراء"، فقال له: شراء ماذا؟، فقال: "شراء أي شيء". وقال خلفه² J. F. Kennedy: " يجب أن المستهلك في وضع يمكنه من الاختيار عن علم ومعرفة لأن نقوده التي ينفقها وصحته وسلامته يمكن أن تكون مهددة بل تكون المصلحة العامة في خطر، فمهما كانت قوانين المستهلك لدينا متقدمة ومتطورة فإنها لم تؤمن حماية حقيقية للمستهلك"³. فقبل أن يكون المستهلك مشتريا لسلعة أو مستعملا لخدمة، فهو من جهة مواطن يساهم بسلوكه الاستهلاكي في الحياة الاجتماعية والاقتصادية للبلاد، ومن جهة أخرى كان لابد من الاهتمام به من حيث حقه في الشفافية والوضوح والتوازن عندما يقبل على إبرام مختلف العقود التي يصادفها في حياته اليومية.

وهو ما سنحاول بيانه في هذا الفرع عند الوقوف على المغزى من ربط مفهومي "الشفافية" و"عقود الاستهلاك"، وهو ما سيتأتى من خلال البحث في مضمون الشفافية (المبحث الأول)، ثم الوظائف التي تضطلع بها في العلاقة التعاقدية التي تربط المستهلك بالمهني، سواء تعلق الأمر بالمنتجات أو الخدمات (المبحث الثاني).

¹ - Dwight David Eisenhower, 34^{ème} président des Etats-Unis d'Amérique, (1953- 1961).

² - John Fitzgerald Kennedy, 35^{ème} président des Etats-Unis d'Amérique, (1961- 1963), mort assassiné à Dallas (Texas).

³ - هدى تريكي، م. س، ص 17.

المبحث الأول: مضمون الشفافية في عقود الاستهلاك

لا شك أن المستهلك أصبح محاطا بالعديد من المؤثرات التي أدت إلى التي أدت إلى تنامي مقومات ضعفه بصورة غير مسبقة، وعلى نحو برر ضرورة العمل على حمايته من خلال تبني نظريات تأتي كردة فعل على تشبع القانون المدني بمبدأ سلطان الإرادة الذي لم يترك مجالات ملائمة لتحقيق التوازن بين أطراف العقد، حيث اتخذ الإذعان شكلا جديدا اختلف عن صورته التقليدية، تمثل في خضوع المتعاقد عديم الخبرة والدراية، للمتعاقد الآخر ذو العلم والمعرفة الواسعين، فيقبل على إبرام العقد وهو جاهل بجوانب هامة متصلة به¹.

مبحثنا الأول هذا، سنركز فيه على تمييز مفهوم الشفافية عن المفاهيم التي تتقاطع معه سواء من حيث موضوعها أو غايتها (المطلب الأول)، وبيان مبررات هذه الشفافية في عقود الاستهلاك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تمييز الشفافية عن المفاهيم المجاورة

يتقاطع مبدأ الشفافية، الذي يهدف إلى جعل المستهلك في وضع يكون فيه على بينة وترو عند التعاقد وتنفيذ العقد الاستهلاكي مع مفاهيم مشابهة وجب تمييزه عنها، كالعدالة التعاقدية (الفقرة الأولى) والتوازن العقدي (الفقرة الثانية) ومبدأ حسن النية (الفقرة الثالثة) والنزاهة والتعاون (الفقرة الرابعة) ونظرية الظاهر (الفقرة الخامسة) ومبدأ المشروعية (الفقرة السادسة).

الفقرة الأولى: الشفافية والعدالة العقدية

ظهرت فكرة العدالة العقدية أو الإنصاف التعاقدية مع فقهاء القرن السابع عشر والثامن عشر، وهي نظرية تقوم على أساس أرسطوطاليسي يتمثل في فكرة " التبادل " و " العدالة التوزيعية " بحيث ينظر هؤلاء الفقهاء إلى العدالة العقدية على أنها بحث عن توازن الأداءات

¹ - عالي طوير، التوازن المعرفي في عقود الاستهلاك، المجلة المغربية في الفقه والقضاء، العدد 4، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 96.

في مضمون العقد، غير أن الأمر اقتصر عندهم على مراقبة الوجود المادي " للمقابل" فقط¹. لكن الإنصاف بهذا المعنى قلما نجده في الميدان التعاقدى، لأنه مهما كانت ظروف إنشاء العقد أو نتائجه فإن العقد يبقى دائما هو شريعة المتعاقدين تبعا لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية. ومن ثم فإنه لم يكن بيد القضاة إلا إمكانيات محدودة للتخفيف من صرامة العقود والمتمثلة في عيوب الرضا²، إلى أن تدخل المشرع بواسطة القوانين المتعلقة بحماية المستهلك، مما أثر على قواعد التعاقد التقليدية الواردة في القانون المدني.

وبذلك فالعدالة التعاقدية تهدف إلى حماية الالتزام الوارد بالعقد، وهي شرط لشرعية مبدأ القوة الملزمة للعقد وهي أيضا واجهة لحسن النية، هدفها يتحقق على عدة مستويات مثل: إبطال العقد بسبب عيوب الإرادة تحت مراقبة القاضي، وتدخل القضاء في الشروط التعسفية، ومنع التعسف في استعمال الحق، وتأويل العقد لفائدة المستهلك. وهي توجهات أصبحت تهز المبادئ التقليدية المؤسسة للعقد. فقد أصبحت تدخلات المشرع في ميدان حماية المستهلك تتوجه نحو تصورات جديدة كالتضامن التعاقدى والتحضر التعاقدى والإخاء التعاقدى والإيثار التعاقدى، وبالتالي أصبح أمام التزامات بالتعاون والانسجام والتناسب. كما تحيل العدالة العقدية إلى المنفعة المقصودة من العقد لكل المتعاقدين مما يحقق التناسب بين الأداءات، وهذا يعني التوفيق بين الإرادة والقانون في ترتيب آثار العقد وإضفاء القوة الملزمة للعقد. وأصبحت العدالة التي مصدرها النصوص القانونية مع إرادة المتعاقدين مصدر القوة الملزمة للعقد، بما يؤثر على مبدأ الأمن التعاقدى الذي يرافق العقد منذ إبرامه ولغاية تنفيذه. وبما أن العدالة العقدية متعلقة بالعقد حصرا لذا تكون جزء من العدالة بمفهومها العام، وبصورة أدق جزء من العدالة

¹ - علي فيصل علي الصديقي، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2019، ص247.

² -Cass. Civ, 2 déc. 1947, G. P. 48.1.36 : « si aux termes de l'article 1135 l'équité ou l'usage doivent être pris en considération dans l'interprétation des contrats et des suites qu'ils comportent, le juge ne saurait en faire état pour soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et précis qu'il a librement assumés ».

Cet attendu est repris par la doctrine française qui enseigne qu'en matière d'interprétation des conventions il existe un principe général selon lequel « ni l'équité, ni la bonne foi n'autorisent le juge à modifier les clauses claires et précises du contrat ». Béatrice JAZULOT, La bonne foi dans les contrats, étude comparative des droits français, allemand et japonais, Dalloz, 2001, p. 297.

التبادلية. فكلمة "عادل" تحيل إلى شئ متوافق مع القانون، والقانون المدني لا يجيز العقود إلا إذا كانت مشروعة ومتوافقة مع القانون، بل مع الخير والمصلحة بحيث يقترب العدل من النفع¹.

أما العدالة التبادلية، فيعرفها بعض الفقه² بأنها العدالة التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم ويقدم على أساس من التساوي التام فيما لكل فرد من حق، ويتمثل هذا العدل بصورة خاصة في عقود المعاوضة حيث يرضى الطرفان بتبادل أداءات مختلفة (بضائع أو خدمات) بحيث يستطيع كل منهما إلزام الآخر بما تعهد به، فالعدل هنا أن ينال كل شخص حقه، وواضح أن العدل هنا عدل حسابي لا يعتد فيه بصفات الأشخاص أو اختلاف شخصيتهم. ويرى جانب آخر³ بأن العدالة التبادلية هي أول صور العدل وأبسطها وأكثرها بدائية، فقبل تدخل الدولة وبدونها تعرض مسألة العدل بين شخص وآخر، تساوي الأداءات في عقود المعاوضة، ومبدأ الإثراء بلا سبب وإصلاح الأضرار، فهو لا يقتصر على العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين الأفراد في المجتمع، بل يطبق أيضا على العلاقات غير التعاقدية، فإذا تسبب شخص بخطئه في الإضرار بغيره كان العدل التبادلي أن يلتزم الأول بإصلاح الضرر الذي أصاب الثاني وأن يكون التعويض مساويا للضرر⁴.

وفي العدل التبادلي تكون المساواة بين شئ وشئ آخر أو كما يقول أرسطو، يتحدد المجال الحقيقي للعدل التبادلي وفقا لتناسب حسابي ذي طبيعة كمية بحتة. وأيا كان من أمر، يمكننا أن نستنتج مما تقدم أن فكرة التبادل التي تحقق "المنفعة الاجتماعية" لاتفاق الإرادتين، وهو ما يمكن أن نطلق عليه مبدأ "الأمن القانوني" ويقول الفقيه J. Ghestin أن عبارة Sunallagma التي تعني العقد، أكثر دقة من الكلمة اللاتينية Contractus التي طالما دلت على فكرة التبادل، حيث أن فكرة تبادل الالتزامات في مضمون العقد الذي تتميز به العقود الملزمة للجانبين، هو تبادل للأموال والخدمات، وهو الوظيفة الاقتصادية الجوهرية للعقد.

¹ - زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2013-2014، ص 69.

² - Cadet Loïc, Une justice contractuelle, l'autre, Mélange offerts à Ghestin (j), L.G.D.J, 2001, p. 192 et 193.

³ - Cyril Noblot, La qualité du contractant comme critère légal de protection, essai de méthodologie législative, L.G.D.J, 2002, Paris, p. 197.

⁴ - منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، مجلة جامعة بابل (كلية الحقوق)، العلوم الإنسانية، المجلد 25، العدد 2016، ص 2573.

وعليه، فالعقد أصبح اليوم علاقة اقتصادية أكثر مما هي توافقية، وتبادل أداءات مقدمة أكثر مما هو تبادل للرضى¹.

ويكون الشرط التعاقدي غير عادل في حال لم يتم التفاوض عليه بين المهني والمستهلك، ويعد إخلالا بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ويلحق الضرر بالمستهلك، ويظهر اختلال التوازن العقدي عندما يحتفظ المهني بحقه في تخفيف أو استثناء مسؤوليته تجاه المستهلك متى أخل هذا الأخير بالتزام عقدي، أو إلغاء الشروط العقدية دون اهتمام بإرادة المستهلك، أو بفرض المهني جزاءات مالية مبالغ فيها إذا أخل المستهلك بتنفيذ التزامه. كذلك يتحقق عدم العدالة في الشروط التعاقدية، لكونها تلزم أحد الطرفين دون الآخر، وليس بسبب كونها ظالمة أو مرهقة في حد ذاتها، فمتى فرض الشرط على كلا الطرفين، تتحقق العدالة، ولا يكون الشرط تعسفيا وإن تضمن التزامات مجحفة².

ويكون الشرط التعاقدي غير عادل إذا تضمن:

- خلا واضحا في الحقوق والالتزامات للطرفين الناشئة عن العقد، ويلحق ضررا بالمستهلك.
- انتهاكا لمتطلبات مبدأ حسن النية، بحيث يكون تنفيذ العقد مختلفا عما كان يتوقعه المستهلك.

وبذلك يمكننا القول إن الشفافية وسيلة والعدالة العقدية غاية ونتيجة وهدف يتحقق بمراعاة المهني للوضوح في صياغة شروط العقود التي يقترحها على المهني، وتفاذي الغموض والضبابية في تمويه التزاماته وتخفيفها أو التهرب منها كليا، وذلك بالشكل الذي يضمن تبادل المنفعة دون تعسف أو استغلال لموقع الضعف الذي يكون فيه عادة المستهلك.

¹ - زمام جمعة، م. س، ص 140.

² - بشار طلال المومني، نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 2، يونيو 2018، ص 625.

الفقرة الثانية: الشفافية والتوازن العقدي

منذ نهاية القرن التاسع عشر حصلت تحولات اقتصادية وسياسية واجتماعية عميقة أدت على تراجع النظرية التقليدية للعقد، حيث أثبت الواقع أن أفكار Kant بخصوص الحرية الفردية والتي كرسها أحد الفلاسفة بمقولته الشهيرة «Qui dit contractuel, dit juste» أصبحت متجاوزة لأن المتعاقدين لا يتوفران في الأصل على توازن اقتصادي واجتماعي يمكنهم من مناقشة شروط الرابطة العقدية على قدم المساواة وبكامل الحرية. لذا فقد أضحى التوازن العقدي هدفا لكل التشريعات ومربطاً للقانون والأخلاق والاقتصاد¹، إذ يحلينا على فئة من العقود غير المتوازنة سواء في تكوينها أو تنفيذها كعقود الاستهلاك التي يختل فيها التوازن بسبب الجهل وانعدام الخبرة لدى المستهلك أو الزبون السلبي لاقتصار دوره على استهلاك السلعة أو الخدمة موضوع التعاقد.

حيث جاء تدخل التشريعات المدنية المعاصرة لحماية من استغلال الطرف القوي الذي يتعاقد في إطار تخصصه الاحترافي أو المهني مما يمكنه من فرض شروطه على الطرف الضعيف وذلك باستغلاله لعدة آليات قانونية كالشرط الجزائي وتعهد الغموض في العقد وإدراج البنود المخففة أو المعفية من المسؤولية والضمان في صلب العقد². مما يثير إشكالا قانونيا يتمثل في كيفية تحقيق التوافق بين تصحيح العقد بمعالجة توازنه وضرورة استقراره؟ لذا فمن الأولى أن ينشأ العقد متوازنا منذ انعقاده، فيصبح التوازن مبدأ وهدفا في آن واحد. ولذلك نجد أن المشرع الفرنسي الذي كرس سلطان الإرادة وحرية التعاقد دفع بالقضاء منذ أكثر من 20 سنة بأن يستلهم حلوله من أفكار فقهية تنادي بضرورة التوازن العقدي والتضامن، فالتطور الاقتصادي فرض حماية أكبر للعلاقة التعاقدية فجعل من التقنين الذي يفوق عمره 200 سنة غير كاف للحماية، فظهر 50 تقنينا ينافس وجود القانون المدني الفرنسي. هذه القوانين الخاصة

1 - عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص 2.

2 - عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، الطبعة الخامسة، 2016، ص 210.

تكفلت بتنظيم العلاقات القانونية لكل فئة على حدة، والفقه الفرنسي يشجع هذا النمط من التقنين لتحقيق أكبر حماية للمتعاقد¹.

ويعتبر الغبن الصورة الأوضح لمسألة التفاوت المادي بين الأداءات، بل هو المشكلة المسماة اختلال التوازن العقدي، وهو انعكاس للصراع الدائم والمستمر بين المصالح ومنافع العلاقة التعاقدية، ووصفه Ripert بالمسألة الخطيرة التي تثيرها علاقة الأخلاق بالقانون².

وفي الشريعة الإسلامية هو النقص في الثمن في البيع والشراء على نحو لم تجر العادة بمثله أو أن يكون أحد البديلين غير مكافئ للآخر في عقود المعاوضة³. وقد نظمته المشرع المغربي ضمن عيوب الرضى في ق. ل. ع، حيث اشترط ارتباطه بالتدليس من قبل الطرف الآخر ليعتد به (الفصل 55) إلا إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية (الفصل 56) والذي أورد معيارا كميا حدده في كل فرق زاد عن الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء. كما أن قانون 08.31 ألزم المهني بإعلام المستهلك بكل تفاصيل العقد الاستهلاكي وفي مقدمتها الثمن الكلي وتجنب استغلال جهل المستهلكين وتفادي الشروط التعسفية التي من شأنها أن تخل بالتوازن التعاقدى المنشود.

لقد بات واضحا أن النزعة الاجتماعية عكس الاتجاه الفردي تعطي الأولوية للبعد الموضوعي على حساب البعد الشخصي، بحيث أن الإرادة الفردية في مجال العقود توجهها مبادئ لها أهميتها كالعدالة والإنصاف والسلم الاجتماعي وحسن النية⁴، وهو ما يبرر تدخل القضاء لإنقاص التزامات الطرف المغبون الذي تنقصه الخبرة والمعلومات المتعلقة بظروف التعاقد، فالمقومات التي سمحت للمشرع بالتدخل لمواجهة الغبن في بعض العقود والتصرفات تماثل وضعية المستهلك في عقود الاستهلاك، ففي بيع عقار القاصر افترض المشرع أن عدم أهليته للتعاقد ينال من إمامه بحقيقة مصالحه، وهذا الواقع يتحقق بقدر ما بالنسبة للمستهلك،

¹ - Ewoud HONDIUS, La réforme du droit du contrat aux Pays-Bas, Colloque : « Le contrat en Europe : Aujourd'hui et Demain », faculté de Droit, d'économie et de finance, Université du Luxembourg, le 22 juin 2007, p. 47.

² - Georges Ripert. La règle morale dans les obligations civiles. U ed.1944. p.6.

³ - علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1950، ص 137.

⁴ - عرارة عسالي، م. س، ص 10.

الذي يواجه منفردا عقدا وضع فيه مجموعة من المحترفين كل إمكانياتهم الذهنية وقدراتهم العلمية وخبراتهم الميدانية في مجال المعاملات ليصيغوا شروط العقد وبنوده وفق مصالحهم، وبالشكل الذي يحقق أهدافهم دون النظر لما قد يلحق بالمستهلك من أضرار¹.

ومن باب المقارنة، فإذا كان مبدأ التوازن العقدي يركز على مضمون العقد وفحوى الالتزامات المتبادلة، فإن مبدأ الشفافية ينصب على شكل ومضمون المعلومات والبيانات التي يقدمها المهني للمستهلك إبان التعاقد، كما أنه يرافق العقد الاستهلاكي في كل مراحله. وبالتالي فمراعاة المهني للشفافية في عقود الاستهلاك تدخل في ترسيخ تلك النزعة الاجتماعية والأخلاقية في العقود، فوجود الغبن في عقد ما يدل على غياب التوازن العقدي وانعدام بعدي الإنصاف خاصة والسلم الاجتماعي عامة.

الفقرة الثالثة: الشفافية وحسن النية

يستحضر حسن النية كمبدأ بديل عن الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد، أي كموجه لتنفيذ العقد وكقاعدة لتفسيره²، حيث نص عليه قانون الالتزامات والعقود في المادة 231³ مباشرة بعد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في المادة 230⁴ التي تقابل المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي⁵. فورود مبدأ حسن النية في ق. ل. ع هو إعلاء للبعد الأخلاقي كمكون أساسي للقاعدة القانونية⁶، حيث لا يعتبر مجرد مبدأ ذاتي بمعنى قيда أخلاقيا على حرية التعاقد، وإنما

¹ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية لطبعة الثانية، 2008، ص 479.

² - Béatrice JALUZOT, La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais, Dalloz, 2001, p. 129.

³ - الفصل 231 ق ل ع: "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقرها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته".

⁴ - الفصل 230 ق ل ع: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

⁵ - Art 1104 : « Les conventions légalement formées, Tiennt lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi »

⁶ - Selon certains romanistes allemands, les contrats bonae fidei attribuent au juge un pouvoir « moralisateur ». En droit français, la règle d'exécution de bonne foi est due à DOMAT qui la formule ainsi au XVIIe siècle : « l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander (...) Chacun est obligé à tout ce qu'elle demande, selon la nature de la convention et les suites qu'elle peut avoir ». Car « dans les engagements volontaires et mutuels,

كقاعدة تربوية ينفذ بمقتضاها العقد بشكل ملائم، دون وجود نية الخداع أو التضليل أو التغرير، وهو بذلك أحد الخطوط الأخلاقية التي لا تجيز المحاكم تخطيها¹.

وكما هو الشأن بالنسبة لمبدأ الشفافية، يتيح مبدأ حسن النية تحجيم النزعة الفردية ودعم فلسفة التضامن والمصلحة الجماعية والتخفيف من المخاطر الاقتصادية التي قد تصيب العلاقة العقدية. وهو بهذا المعنى أحد أهم وسائل تحقيق التوازن العقدي خاصة في العقود التي يكون أحد أطرافها في وضعية الطرف الضعيف كعقود الاستهلاك. وفي هذا الصدد يذهب René Demogue إلى أن القاعدة القانونية الصلبة التي تسود مؤسسة العقد لابد أن تلين وتتصهر بالمعطيات الاجتماعية الحديثة، فمؤسسة العقد ليست شيئاً صلباً وجامداً وإنما هي مؤسسة حية قابلة للتطور. فإذا كان الثبات القانوني هو السبيل إلى استقرار المبادلات، فإن التحرك في النصوص هو السبيل لبقائها. لذا يترك المشرع للقاضي مجالا يسمح له باستخدام سلطته التقديرية لتحقيق العدالة في العقود. ومنه تظهر العلاقة بين تطور دور مبدأ حسن النية وتطور دور القاضي، حيث يمثل المبدأ نافذة للقضاء يتدخل بموجبه في العقد كلما تطلب الأمر مراعاة كل ما هو أخلاقي².

وهو نفس ما ذهب إليه الفقيه Georges Ripert حيث يرى بأن رجل القانون لا ينبغي أن يكون رجل تقنية مجردة هدفه تطبيق النصوص القانونية والعمل على تفسيرها فحسب، وإنما يجب أن يدخل فكرة الأخلاق في تحقيق مهمته، والنظرة إلى أية علاقة إنسانية لابد أن تتم على أساس أنها ارتباط بين شخصين وليس فقط رابطة بين ذمتين³. وعليه، فحسن النية في المجال التعاقدي هو التزام تعاقدى على جميع الأطراف والغير احترامه حتى يعتبر التزاما

ceux qui traitent ensemble se doivent la sincérité, pour se faire entendre réciproquement à quoi ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter, et tous ce que peuvent demander les suites des engagements où ils sont entrés ». Béatrice JALUZOT, op. cit, p. 143.

¹ - غاي بيشور (Guy Bechor) مدونة السنهوري القانونية "نشوء القانون المدني العربي المعاصر" (1932، 1949)، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، ترجمة رشا جمال، الطبعة الأولى، بيروت، 2009، ص 243.

² - زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018، الجزائر، ص 14.

- وسيم الأحمر، تأصيل الالتزام بالإعلام من خلال الفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود، مؤلف جماعي: "حماية المستهلك بين النصوص القانونية والعمل القضائي"، منشورات المركز الوطني للبحث القانوني، الطبعة 1، 2022، ص 37.

³ - Georges Ripert, op. cit, p29.

عقديا واجبا على كل متعاقد ولو لم يتم التنصيص عليه في بنود العقد. حيث يرجع له الفضل في ظهور الكثير من الالتزامات المنبثقة عنه كمفهوم الشفافية موضوع الدراسة. ولكي يتحقق حسن النية في مرحلة التنفيذ، فلا بد من اهتمام المهني بضمان مصالح المستهلك، كما يضمن هو مصالحه عند كتابة شروط العقد، ويكون ذلك بضمان عدم تمتع المهني بمركز أفضل خلال مرحلة التنفيذ، عندئذ يكون مبدأ حسن النية هو الأساس في معرفة مدى عدالة الشرط التعاقدي، ومدى تحقيق التوازن المطلوب. فإذا أمعنا النظر في مضمون هذا الالتزام نرى بأنه التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، بحيث يقتضي التزام كل الأطراف بحسن النية في كل مراحل العقد، وذلك باتباع المسلك المألوف والمعتاد بعيدا عن الغش والخداع أو كتمان تدليسي يتنافى مع ما يقضي به هذا المبدأ.

الفقرة الرابعة: الشفافية والنزاهة والتعاون

العقود عامة والاستهلاكية منها خاصة هي وسيلة لتبادل المنافع وبالتالي يجب أن تستند إلى دعائم أخلاقية وشريفة، والنزاهة والتعاون أحد أهم تلك الأسس. التزام النزاهة له مسميات عديدة كالاستقامة وشرف التعامل والأمانة والإخلاص، غير أنها حسب J. Ghestin ما هي إلا صياغة جديدة لفكرة قديمة هي حسن النية¹. أما الفقه في توجهه الحديث فيذهب إلى أن النزاهة والتعاون التزامات عامة تستنتج من مبدأ حسن النية الواجب مراعاته في التعاقد، فالمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي خضعت لتفسيرات متفاوتة، حيث رأى البعض أنها تنطوي على واجب الأمانة والثقة بين المتعاقدين أي النزاهة²، ورأى البعض الآخر أنها تشير إلى واجب التعاون أو الاشتراك، والذي يتطلب أن يقوم كل متعاقد بإبلاغ الآخر بمضمون العقد والأمور التي يهيمه معرفتها لتنفيذها³. بل أن الفقه الغالب يرى بأن مبدأ حسن النية يشمل واجب النزاهة والتعاون معا.

¹ - جاك غيستان، المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، 2000، ص 261.

² - Yves Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L.G.D.J., 1989.

³ - Jaques Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, Rev.Trim, 1986, p. 100.

فالسبغة الأخلاقية لمفهوم النزاهة لا تقلل من أهميته، بل على العكس تضفي عليه مرونة بحيث تتيح إمكانية تطبيقها في حالات متعددة كما هو الشأن بالنسبة للعقود التي يقترحها المهني على المستهلك في معاملاته اليومية وفي مختلف المجالات، بل هناك من يربطها بالثقة المشروعة التي يفترضها المستهلك في البائع أو مقدم الخدمة، ولذلك نجد قانون الاستهلاك يترك مجالا واسعا لهذا الالتزام فيفرض التزامات بالسلامة والمطابقة حتى يفي المنتج أو الخدمة بالتوقعات المشروعة التي ينتظرها المستهلك¹.

فالالتزام بالنزاهة هو الذي يبرر بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية الناتجة عن غش المتعاقد أو خطئه الجسيم وكذلك الشرط المسقط للضمان أو إنقاظه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير. أما الالتزام بالتعاون فهو تعبير مشترك لكل من المهني والمستهلك في محاولة تحقيق هدف مشترك وهو التزام إيجابي يفرضه مبدأ حسن النية، أي لا يكفي الامتناع عن الكتمان أو عدم الغش وإنما يجب تسهيل وصول المستهلك لانتظاراته من العملية التعاقدية². فالعقد وإن كان يركز على روابط متعارضة إلا أنه لا يعني أنه لا يركز على رؤى متآزرة، فالعلاقة العقدية علاقة تعاون وليست علاقة خصام ومجابهة. فالمطلوب بذل العناية اللازمة للوصول بالعقد إلى أفضل صورة وأحسن حال.

ورغم ذلك لا ينفي Jean Carbonnier إمكانية التنافس رغم التعاون المفترض على اعتبار أن كل متعاقد يسعى لتحقيق أهدافه الخاص من الرابطة العقدية. فالالتزام بالتعاون يفرض على كل طرف تنبيه الطرف الآخر أثناء تنفيذ العقد إلى كل الوقائع التي تقتضي مصلحته الإلمام بها من أجل تنفيذ العقد وخاصة في العقود المتراخية التنفيذ، لذلك قضت محكمة استئناف Aix-en-Provence بفسخ العقد لأن أحد المتعاقدين قد تخلى أثناء تنفيذ العقد عن الروح التي كانت تحرك الطرفين عند إبرامه ولم يجتهد بقدر المستطاع لتسهيل عمل الآخر³.

1 - زيتوني فاطمة الزهراء، م. س، ص 334.

2 - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول : مصادر الالتزامات، الطبعة الثالثة، 1974، ص 249.

3 - Aix-en-Provence, 2 déc, 1983, BULL. civ, Aix, 1983, n° 138.

نستنتج إذن أن عقود الاستهلاك بأنواعها هي الأحوج إلى هذا الالتزام بالتعاون، الذي يقتضي أن يبذل كل طرف ما في وسعه لتمكين الطرف الآخر من تنفيذ التزاماته، وقبل ذلك في مرحلة ما قبل إبرام العقد وهو ما لن يتأتى إلا من خلال رفع منسوب الشفافية والوضوح والأخلاق العقدية طيلة فترات "التواصل التعاقدية".

الفقرة الخامسة: الشفافية ونظرية الظاهر

إن مجال تطبيق نظرية الوضع الظاهر في مختلف فروع القانون واسع ومتشعب¹، لكن مجال العقود هو ما يهمننا في هذه الدراسة، حيث اهتم المشرع بتعزيز أساليب حماية المتعاملين مع الشركات التجارية ضمانا لعنصر الثقة في هذه العلاقات، ومن أجل خلق التوازن بين المصالح المتضاربة لجميع الأطراف من بينهم الغير الذي تعامل معها. فنظرية الظاهر هي استثناء على مبدأ نسبية العقود، ومن أهم الأسس التي تقوم عليها فكرة حماية الغير حسن النية المتعامل مع الشركات التجارية، فهي فكرة حديثة نسبيا رغم وجودها منذ ظهور القوانين التجارية التي اهتمت بحماية الغير، مع أن القانون الروماني عرف بعض تطبيقاتها ولو في حالات محدودة²، ثم تعددت تطبيقاتها المنحصرة في علاقات الشركات التجارية بالغير.

كما لا يمكن فصل هذه النظرية عن مبدأ حسن النية الذي يرسم حدودها ومجال تطبيقها، فهي تعمل على التوفيق بين الفلسفة النظرية والواقع العملي، هذه الفلسفة النظرية التي تقتضي التمسك بالمبادئ القانونية على نحو قد لا يتماشى مع متطلبات تطور المجتمع، فتبدو أهمية نظرية الظاهر في أنها تضحى بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات وترسيخا للثقة التعاقدية³. وأشار ق. ل. ع لنظرية الظاهر في الفصل 22⁴ الذي

1 - نجدها في مجال الشركات التجارية والأوراق التجارية وفي مجال الإشهار القانوني وفي القانون المدني نجد الجنسية الظاهرة والأهلية الظاهرة والاسم الظاهر، كم نجد الموظف الفعلي في القانون الإداري والمحاسب الظاهر في القانون المالي.

2 - سعودي حسن سرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، المتحدة للطباعة، مصر، 1999، ص 58.

3 - زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017، ص 35.

4 - الفصل 22 ق. ل. ع: "الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير إذا لم يكمل علم بها. ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل".

يقابل الفصل 1321 من القانون المدني الفرنسي¹. فهي من النظريات ذات البناء القضائي² حيث تم تأسيسها على مفهوم الغلط الشائع، وهو الغلط الذي يقع فيه صاحب الحق المعني بالحماية، وتبناها الفقه بعد ذلك في محاولة لتفسير تلك الأحكام وإضفاء المشروعية عليها.

ولهذا فالشفافية في العلاقات التعاقدية هي أيضا أساس لنظرية الظاهر مادام أن لهما نفس الغاية وهي تحقيق الأمن القانوني واستقرار المعاملات وضمان حقوق الغير والذي يدخل المستهلك ضمنه كطرف في أمس الحاجة لمبدأ يحقق العدل والإنصاف الذي يعتبر صمام أمان يضيف صبغة إنسانية على النظام القانوني ويتجاوز التطبيق الميكانيكي للقانون مما قد يخاف مظالم عديدة³. كما أن الوقوع في الغلط الذي هو أساس نظرية الظاهر ناتج حسب بعض الفقه⁴ عن نقص في الإخبار وجهل للمعلومات يقع فيه المشتري حسن النية. فمالك العقار لا يمكنه الاحتجاج على المستهلك حسن النية الذي اشترى من شخص ادعى أنه المالك ولهذا فالبيع يعتبر صحيحا. لكن غياب قواعد معيارية تؤسس لضوابط أعمال النظرية أثر بشكل واضح على ترسيخها واكتمال جوانبها، وبالتالي على الاضطلاع بالدور المنوط بها في تحقيق الأمن التعاقدى كجزء لا يتجزأ من الأمن القانوني الذي هو مقياس جودة كل نظام قانوني.

الفقرة السادسة: الشفافية والمشروعية

سواء في الفقه أو القضاء نجد مفهوم المشروعية تحت مسميات عديدة وبحمولات لغوية واصطلاحية متقاربة⁵، لكن ما يهمنا في سياق موضوعنا هي المشروعية في بعدها التعاقدى، أي تلك التي تضع التزامات على أطراف العقد الاستهلاكي ويقابلها جزاء في حالة عدم مراعاتها، حيث فضل بعض الفقه إلى التمييز بين مفهومي الواجب والالتزام المرتبطين

¹ - Art.1321 : « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers ».

² - من أهم القرارات التي أقر فيها القضاء الفرنسي بنظرية الظاهر، ذلك القرار الصادر في 13 دجنبر 1962 حول تسيير شركة مساهمة، حيث أسس القاضي من خلاله نظرية الظاهر على أساس قانوني تم إيجاده حماية للغير والمتمثل في " الغلط المشروع"، فتخلّى حينها القضاء عن "الغلط الشائع" كأساس لنظرية الظاهر.

³ - C'est le fameux SUMMUM JUS, SUMMA INJURIA "droit porté à l'extrême, extrême injustice»

⁴ - Anne Danis-Fatôme, les limites de la théorie de l'apparence, Approche critique, P.293-309.

⁵ in : Juge et apparence(s) ; Actes de colloques de L'IFR, 2010.Toulouse.

⁵ -La loyauté, la fiabilité, la fidélité, la probité, l'honnêteté, la droiture.

بالمشروعية¹ التي أساسها القانوني في الفصل 1104 من القانون المدني الفرنسي الجديد²، وهي بذلك صورة من صور مبدأ حسن النية التي يجب أن ترافق كل مراحل العقد ليكتسي هذا الأخير مشروعيته المتمثلة في ما يجب فعله كالالتزام بالتعاون وبتنفيذ العقد والإخبار³ والنصيحة والتبصير، لكن أيضا ما يجب الامتناع عنه كالغش والتدليس واستغلال الضعف أو الجهل⁴ أو التفوق الاقتصادي وفرض شروط تعسفية⁵ والحصول على مقابل لا يناسب ما حصل عليه المستهلك، وهنا يتقاطع مع مفهوم الشفافية.

فالمفهوم يكتسي طابعا أخلاقيا بالدرجة الأولى وتعاقديا بالدرجة الثانية، وهو مرتبط بمرحلة تنفيذ العقود أساسا، هدفه حماية الثقة المشروعة⁶ وخلق التوازن المطلوب بين الفاعلين الاقتصاديين خاصة في العلاقات التعاقدية التي يكون أحد أطرافها في وضع هش اقتصاديا ومعرفيا وتقنيا كما هو الحال بالنسبة للمستهلك في علاقته بإزاء المهني منتجا كان أو بائعا أو موردا.

يتضح مما سبق، أن مفهومي المشروعية والشفافية يتكاملان سواء من حيث أساسهما القانوني⁷ أو الوسائل المعتمدة أو الغاية المتوخاة. وهو ما يدافع عنه الفقه الحديث الذي يبني القوة الملزمة للعقد على منفعه الاجتماعية ومطابقته للعدالة العقدية.

¹ - Le professeur Yves Picod s'exprime ainsi : La notion de « devoir » nous semble préférable à celle d'obligation, dans la mesure où le « devoir » teinte la prescription d'une plus grande coloration morale et correspond davantage à une directive qu'à une exigence prédéterminée. V.JCL.Civ Code, Art.1134, 1135.Fasc. unique : Contrats et Obligations.

² - Art.1104(ancien Art.1134) : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

³ - انظر المواد من 3 إلى 14 ق. ح. م.

⁴ - المادة 59 ق. ح. م: "يقع باطلا بقوة القانون كل التزام نشأ بفعل استغلال ضعف أو جهل المستهلك مع حفظ حقه في استرجاع المبالغ المؤداة من طرفه وتعويضه عن الأضرار اللاحقة".

⁵ - انظر المواد من 14 إلى 20 ق. ح. م.

⁶ - V. Gaz. Pal.23-24 mai 2012, p. 1899.

⁷ - وإن كان بعض الفقه كالأستاذ Yves Picod مثلا، يفضل استعمال مفهوم "المشروعية" بدل مفهوم "حسن النية" في الفقرة 3 من الفصل 1134.

المطلب الثاني: مبررات الشفافية في عقود الاستهلاك

في ظل التطورات الاقتصادية والتكنولوجية الهائلة ظهرت العديد من المبتكرات والاختراعات في شتى المجالات الحياتية، نتج عن ذلك تقديم العديد من السلع والخدمات المتماثلة والمتنوعة. مما حدا بالمستهلك بأن يقابل بموقف حرج يصعب عليه، إن لم يكن مستحيلاً، أن يعرف ما هو أنفع وأصلح له من بين الكم الهائل من السلع التي تعرض عليه، والتي قد تتشابه أو تختلف في الكثير من مواصفاتها. والمستهلك غالباً ما يفتقد الخبرة والقدرة على التفرقة بين سلع وأخرى من حيث مدى جودتها أو الفائدة التي تتضمنها أو متانتها وقدرة تحملها، وخاصة عندما لا يتم تزويده بمعلومات كافية عنها. فيصبح عدم المعرفة الصحيحة بحقيقية السلع والخدمات مشكلة بالنسبة للمستهلك، وتزداد حدة المشكلة تحت تأثير الدعاية الكاذبة ومختلف وسائل الغش والتدليس التي يقع ضحيتها¹.

نتيجة التطور الحاصل في صيغ العقود وتقوية النزعة الاستهلاكية لدى الأفراد وحثهم على التعاقد دون إمكانية المناقشة أو المساومة، لم يعد العقد معبراً عن توافق إرادتين على التزامات محددة وإنما أضحي معبراً عن إرادة طرف دون الآخر. وهذا ما نلاحظه في معظم العقود التجارية خاصة في معظم العقود الجارية عبر شبكة الأنترنت أو ما يعرف بالعقود الإلكترونية والتي هي عبارة عقود نموذجية تتضمن مختلف الشروط والبنود وما على الشخص الذي يريد التعاقد سوى الضغط على زر القبول حتى يتم التعاقد.

هذا الواقع دفع المشرع إلى التدخل² لحماية الطرف الضعيف في العقد ألا وهو المستهلك الذي يندفع لإبرام عقد حتى ولو كان في غير مصلحته، ويلتزم بتنفيذه أياً كانت الظروف وحتى لو تبين فيما بعد أن السلعة أو الخدمة التي أبرم العقد بشأنها لا تفي بالغرض الذي يسعى إليه أو لا تفيد أصلاً³.

1 - عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007، بيروت، لبنان، ص 15.

2 - للمزيد، انظر: إبراهيم عزي، أساس الالتزام العقدي بين سلطان الإرادة وتدخل المشرع، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 42، ص 223-243.

3 - نسرين حسي ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، منشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2018، ص 15.

وعليه، فسنناقش مبررات الحاجة إلى مبدأ الشفافية في العقود الاستهلاكية الشفافية من خلال أربع فقرات، نخصص (الأولى) منها لتبيان قصور النظرية التقليدية للالتزامات في توفير الشفافية المنشودة، و(الثانية) لاختلال التوازن العقدي بين المستهلك والمهني، و(الثالثة) للدعاية والاعلانات المضللة وتأثيراتها على العقود الاستهلاكية، و(الرابعة) للتطور التقني الحديث ومشكل الثقة في السوق الإلكترونية.

الفقرة الأولى: قصور النظرية التقليدية للالتزامات في تحقيق الشفافية

تتم عملية الاستهلاك بشكل عام، من خلال إبرام التصرفات والمعاملات القانونية التي تظهر غالباً في صورة عقود البيع والشراء. ففي ظل النصوص المنظمة للالتزامات والعقود يجد الاستهلاك مجاله الطبيعي للتطبيق¹، كما أن أهدافه الاجتماعية تستمد من المبادئ العامة للقانون المدني، مثل عدم التعسف في استعمال الحق والتعامل بحسن نية، واحترام قواعد السلوك التي تتمثل في الحفاظ على النظام العام وحسن الآداب والأخلاق². فالقانون المدني هو قانون المساواة في المعاملات، ومن أجل ذلك كان من الضروري أن يتضمن جملة من النظريات التي يفترض أن تكفل إعادة التوازن.

أولاً: عيوب الإرادة

لقد اهتمت النظرية العامة بالإرادة المعيبة، ولم تعتبر العيب كذلك إلا في النطاق والشروط التي تحددها، لكنها لم تول أي اهتمام للإرادة غير المتبصرة التي تتراوح وراء مختلف المؤثرات الاقتصادية والاجتماعية والتعاقدية. ويقصد بعيوب الإرادة في فقه النظرية العامة كون إرادة أحد المتعاقدين لم تكن سليمة ولم تصدر عن بيئة واختيار وبالتالي فهذا العقد غير ملزم ويكون قابلاً للإبطال. فما مدى نجاعة هذه المقتضيات وغيرها في توفير الشفافية المنشودة في العقود الاستهلاكية؟

¹ - إلى جانب القانون 31-08.

² - مهدي منير، المظاهر القانونية لحماية المستهلك، م. س، ص 1.

إذا نظرنا إلى هذه العيوب كما تحددها النظرية ذاتها، وتبناها ق. ل. ع في الفصول من 39 إلى 56¹، والقانون الفرنسي في المواد من 1130 إلى 1144، قد توحى بأنها كافية لحماية شفافية التعاقد من خلال حماية إرادة المستهلك، إلا أن قراءتها بتفحص وفي سياق التطورات الاقتصادية والاجتماعية تبين عدم نجاعتها في توفير مناخ ملائم لتأكيد سلامة رضا المستهلك². ويبقى للمستهلك من الناحية النظرية اللجوء إلى إحدى عيوب الرضا المنصوص عليها لأن رضائه لم يكن سليماً مستهدفاً الحصول على جزاء الإبطال³.

أ: الغبن

الغبن هو اختلال التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد، أي عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه في عقد المعاوضة وقت إبرام العقد، فيكون أحد البديلين غير مكافئ للآخر من حيث القيمة مما يؤدي إلى خسارة مادية بينة، وفي ظل القانون المدني الفرنسي لا يعتد بالغبن إلا استثناءً وبالنسبة لعقود معينة أو بالنسبة لأشخاص معينين⁴. فالغبن ارتبط بالأخلاق والدين والعدل باعتبار نظرية الغبن⁵ نظرية أخلاقية في جوهرها، فهي تعد حلقة اتصال بين

1 - يلاحظ ذ. "عبد الحق صافي" أن تنظيم عيوب الرضا عندنا يسعى التوفيق بين اعتبارين متعارضين:
- الاعتبار الأول: حماية مبدأ سلطان الإرادة وتكريس الأسس التقليدية للتعاقد التي تقتضي أن يكون العقد ثمرة لنقاش حر ناتج عن إرادة متتورة ومتحررة، على نحو يخولها القدرة على الالتزام بصورة صحيحة. ويلحق بهذا الاعتبار اتجاه النظرية التقليدية نحو تخليق المجال التعاقدية.
- الاعتبار الثاني: هو المحافظة على مبدأ استقرار التعامل وضمان سلامة المبادلات وحماية الغير المتعامل بحسن نية.
- انظر عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، الكتاب الأول: تكوين العقد، ص 306، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006، ص 306.
2 - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع الإشارة للقوانين الأنجلوسكسونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 60.
3 - عمرو قريوح، الحماية القانونية للمستهلك، القرض الاستهلاكي نموذجاً، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الأول، وجدة، 2007، ص 129.

4 - Art.1130 : « L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ».

5 - في الفقه المالكي، الغبن لا يقام به إلا إذا كان مصحوباً بالتغريب، أما الغبن الفاحش فالرأي الراجح والمشهور عندهم هو عدم الفسخ للغبن، وفي ذلك يقول الشيخ خليل في مختصره: "لا يغبن ولو خالف العادة". إلا أن جانباً من الفقه المالكي يرى القيام بالغبن إذا تجاوز الثلث وتم البيع عن طريق التسويق وليس المزايدة. وقد لخص ابن عاصم في "التحفة" هذه القاعدة بقوله:

ومن بغبن في مبيع قاما.....فشطره ألا يجوز العاما
وأن يكون جاهلاً بما صنع.....والغبن بالثلث فما زاد وقع
وعند ذا يفسخ بالأحكام.....وليس للعارف من قيام.

الأخلاق والقانون، إذ نجد بأن التشريعات التي فصلت بين الأخلاق والقانون لم تأخذ بنظرية الغبن، عكس تلك التي دمجت بينهما¹. وحسب منطوق الفصل 55 من ق. ل. ع، لا يعتبر الغبن الذي يقع بين راشدين سببا للإبطال إلا إذا كان ناتجا عن تدليس المتعاقد الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله. ما عدا الاستثناء الوارد في الفصل 56². واضح إذن أن ربط الغبن بهذه الشروط لن يوفر الشفافية المطلوبة في العقود الاستهلاكية.

إلا أنه مع تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية وما نتج عن ذلك من زعزعة مبدأ سلطان الإرادة أصبح المشرع يتدخل في العقود لحماية الطرف الضعيف فيها³، وقد تأثرت نظرية الغبن بهذا التطور فخرجت من نطاقها المادي واتسع مدلولها في العقود مما أسفر عن ظهور نظرية جديدة للغبن تكمن في نظرية الغبن الاستغلالي⁴، ويقوم هذا النوع من الغبن على إقدام المتعاقد على استغلال طيش المتعاقد الآخر أو هواه الجامح أو حاجاته الملحة أو عدم خبرته أو جهله وحمله على إبرام تصرف يلحق به غبنا فاحشا⁵. ولم يكن القضاء المغربي بمعزل عن هذا التطور، ذلك أنه استغل الحالات الأخرى المشابهة للمرض الواردة في الفصل

- للمزيد انظر: أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الأول، دار المعرفة، الدار البيضاء، 1998، ص 41-42. والجزء الثاني من نفس المؤلف، ص 149-152. "فصل في الغبن".

1 - أحمد إبراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 20. أورده: عبد الناصر محمد عبد عابدين، الغبن وأثره على العقد في مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013، ص 30.

2 - الفصل 56 ق. ل. ع: "الغبن يخلو الإبطال، إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي، وفقا للأوضاع التي يحددها القانون، ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر. ويعتبر غبنا كل فرق يزيد عن الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء".

3 - من التشريعات التي أخذت بشكل صريح بنظرية الغبن الاستغلالي، نجد المشرع الجزائري في المادة 90: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المغبون لم يبرم العق إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

- ونص أيضا في المادة 91: "يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في العقود".
4 - نزهة الخلدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية - عقد البيع نموذجاً - أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2005، ص 140.

5 - الفصل 878 ق. ل. ع: "من يستغل حاجة شخص آخر أو ضعف إدراكه أو عدم تجربته فيجعله يرتضي، من أجل الحصول على قرض أو لتجديد قرض قديم عند حلول أجله، فوائد أو منافع أخرى تتجاوز إلى حد كبير السعر العادي للفوائد وقيمة الخدمة المؤداة وفقا لمقتضيات المكان وظروف التعامل، يمكن أن يكون محلا للمتابعة الجنائية. ويسوغ إبطال الشروط والاتفاقات المعقودة بمخالفة حكم هذا الفصل بناء على طلب الخصم، بل حتى من تلقاء نفس المحكمة. ويجوز إنقاص السعر المشترط. ويحق للمدين استرداد ما دفعه زيادة على السعر الذي تحدده المحكمة على أساس أنه دفع ما ليس مستحقا عليه. وإذا تعدد الدائنون، كانوا مسؤولين على سبيل التضامن".

- أنظر في تطبيق هذا الفصل: القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 29-11-1994، حيث اعتبرت أن "تحديد السعر الأقصى للفائدة الاتفاقية من النظام العام، وأن الفصل 878 ق. ل. ع يفتح أمام المدين إقامة دعوى الإنقاص واسترداد غير المستحق". القرار منشور في: مجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ترجمة العربي المجبود، ص 18.

54 من ق. ل. ع ليتبنى نظرية الغبن الاستغلالي¹. ونشير أخيرا إلى أن ربط الغبن بالتدليس واستعمال الوسائل الاحتيالية جعل اللجوء إلى هاذين النصين محدودا في المعاملات الفردية التي تجاوزتها الصيغ الحديثة للتعاقد. ويبقى تدخل المشرع للتنقيص الصريح على نظرية الغبن الاستغلالي مطلوبا لتحقيق شفافية أكبر للمستهلك المتعاقد² إسوة بنظرائه الجزائري والمصري والكويتي³.

ب: التدليس

يعرف التدليس بأنه استعمال خديعة توقع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد، فالتعاقد تحت وطأة التدليس إنما يتعاقد تحت تأثير الوهم الذي أثاره في ذهنه المدلس⁴، والمتمثل في الوسائل غير المشروعة التي يلجأ إليها المهني للتغليط العمدي للمستهلك لدفعه للتعاقد⁵. وهو إن كان يقترب إلى الغلط لحد أن اعتبره بعض الفقه تفصيلا زائدا⁶ إلا أنه يتميز عنه في كون الغلط ذاتي تلقائي أما التدليس فهو غير ذاتي حيث ينتج عن الوهم الذي يضعه فيه المستهلك بتدبيره. وقد جاء تنظيم أحكام التدليس في المادتين 52 و53 من ق. ل. ع، ويتضمن التدليس عنصرين:

1 - حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى، صادر بتاريخ 13 يونيو 1988 ما يلي: "حيث إنه بمقتضى الفصل 54 ق. ل. ع إذا استغل أحد المتعاقدين مرض المتعاقد الآخر وأبرم معه عقدا لا تتعادل فيه التزامات الطرفين، فإن الطرف المغبون غبنا استغلاليا يسوغ له أن يطالب بإبطال العقد". منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد 7، 1991، ص 113.

- للمزيد حول مضمون الفصل 54 ق. ل. ع، انظر: BENSEGHIR (M), L'article 54 (D.O.C) un article inappliqué pourquoi ? R.M.D.E.D, n° 7, 1984, p. 221 s.

2 - عمرو قريوح، مرجع سابق، ص 131.

3 - فقد كانت الأموال معلقة على صدور القانون 31.08 لإعادة النظر في هذه النظرية لكنها جاءت مخيبة للتوقعات، إذ لجأ المشرع إلى تعويمها والاكتفاء بالإشارة لحالة الضعف والجهل لدى المستهلك الذي يبرر بطلان الالتزامات الصادرة عنه.

4 - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 98.

5 - كما جاء التحذير من التدليس في الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عن رسول الله (ص) أنه مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها، ففأت أصابعه بلل، فقال: "ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال: أصابته السماء يا رسول الله. قال: أفلا جعلته فوق الطعام حتر يراه الناس، من غشنا فليس منا". صحيح مسلم بشرح النووي.

6 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 14.

• عنصر موضوعي: يتجلى في استعمال طرق احتيالية¹، سواء من المدلس نفسه أو باستناد هذا الأخير على الغير. ويشكل هذا الشرط عقبة في استخدام نظرية التدليس لمقاومة الشروط التعسفية المفروضة على المستهلك في غياب أي تدليس من جانب المهني، ثم إن هذا الشرط لا يعتبر مجرد الكذب والمبالغة من قبيل التدليس إلا إذا ثبتت نية مقدم السلعة في خداع المتعاقد الآخر.

• عنصر شخصي: يرتبط بإيهام الشخص وخداعه لحمله على التعاقد. والمقصود مدى تأثيره على إرادة الشخص المدلس عليه وهذا فيه مصلحة للمستهلك².

وإلى جانب التدليس الدافع إلى التعاقد، يوجد التدليس غير الدافع إلى التعاقد أو ما يطلق عليه بالتدليس الثانوي. ويقتصر على قبول المتعاقد للتعاقد بشروط أشد وهو أكثر حماية للمستهلك من الشروط التعسفية. وإذا كان التمييز بين النوعين أمر صعب لكن الشيء الذي يحمي المستهلك بفعالية أكبر هو منحه الخيار بين المطالبة بإبطال العقد أو التعويض في النوعين معا من التدليس³. وهناك ما يسمى بالتدليس عن طريق الكتمان *réticence dolosive* وهو أكثر أهمية في ضمان شفافية أكبر، وذلك من خلال واجب البيان والإفشاء الملقى على عاتق المهني مقدم السلعة أو الخدمة. فالكتمان يعد خرقاً مباشراً للالتزام بالإعلام، فهذا الالتزام ساهم في تطوير نظرية التدليس باشتراط علم المتعاقد الآخر بأهمية البيانات المحتفظ بها والتي لم يتم نقلها للطرف الثاني متى كان على جهل وعدم دراية مشروعة بها، أو عدم اشتراط تعلق التدليس أو الكتمان بعناصر أساسية أو جوهرية في العملية التعاقدية، وفي الأخير عدم اشتراط نظرية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع لأن مجرد الكتمان أو الإعلام غير الصحيح المجرد عن قصد العمد يكفي لتوفر الإخلال بواجب الالتزام بالإعلام.

1 - ويقصد بها كل وسائل التضليل والكذب والكتمان التي يقصد من ورائها خلق مظهر خادع لإيقاع المتعاقد في غلط يدفعه للتعاقد.

2 - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص 196.

3 - بوعبيد عباسي، حماية الحقوق الاقتصادية للمستهلكين القواعد الجنائية والمدنية، أشغال اليوم الدراسي حول: حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصاف إليه، جامعة الحسن الأول، سطات، 2013، ص 28.

ومن ثم، فإن النظرية الحديثة تسمح للمدلس عليه بالإبطال حتى حينما يتعلق التدليس بمجرد شرط من شروط العقد وليس فقط ذلك المتعلق بالعملية التعاقدية في حد ذاتها¹. وعلى الرغم من أهمية الفصل 878 ق. ل. ع الذي يحقق حماية للمستهلك المقترض الذي يقبل الاقتراض بفوائد تتجاوز السعر العادي نتيجة استغلال المقرض لحاجته للمال، فإنه يمكن إثارة الملاحظات التالية:

- النص يقتصر على عقد القرض، وبالتالي فهو لا يشمل الحالات التي يتعرض فيها المستهلك للاستغلال.

- النص يشترط حصول تجاوز كبير للسعر العادي وقيمة الخدمة المؤداة، أي أن يكون عدم التعادل فادحا، أي عندما لا يكون كذلك فلا يمكن للمحكمة الاستجابة لطلب إبطال العقد أو الشروط التعاقدية.

- النص يتطلب إثبات مستهلك القرض استغلال الطرف الآخر له، وهو أمر صعب المنال.

- النص يحدد أسباب الدفع بالبطلان في أضيق الحدود، إذ حصرها في ثلاث حالات فقط وهي: استغلال حاجة المقرض أو ضعف إدراكه أو عدم تجربته².

وقد ذهب الفقه، في معرض بحثه عن مخرج قانوني لما يعانيه الطرف الضعيف من إدراج لشروط تعسفية في عقود الإذعان عامة وعدم كفاية التدليس المدني كما نظمته القواعد العامة إلى افتراض وجود التدليس في جميع عقود الإذعان، ويقترح أن يعتمد القاضي لإبطال العقد للتدليس على الطريقة التي حرر بها العقد عوض القرائن والأدلة³.

1 - أمينة ناعمي، أحكام الشرط في القانون المدني المغربي على ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد 15، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، 2009، ص 252.

2 - بوعبيد عباسي، م. س، ص 30.

3 - عمرو قريوح، م. س، ص 137.

ج: الغلط

لم يبين المشرع المغربي في ق. ل. ع المقصود بالغلط الذي نظمته في الفصول من 40 إلى 45، لكن أغلب الفقه¹ يتفق على تعريفه بكونه هو "إقدام الشخص على التعاقد تحت تأثير تصور خاطئ للواقع حصل له من تلقاء نفسه، ومن ثم فهو يؤدي إلى عدم تطابق إرادة العاقد المعلنة مع إرادته الحقيقية²، حيث ما كان ليتعاقد لو علم هذه الحقيقة أو أنه كان سيتفاوض وفقا لشروط أخرى غير التي تفاوض بها تحت وطأة الغلط". ومن هنا نستنتج على أن تعريف الغلط بهذا الشكل يتميز بالخصائص التالية:

- أنه عيب في الإرادة وليس في الشيء محل التعاقد.
- أن المتوهم وقع في الغلط من تلقاء نفسه، وهذا ما يميزه عن التغليب الذي قد يقع فيه المتعاقد بفعل المناورات التدليسية التي قام بها الطرف الآخر.
- أنه يكفي لإبطال العقد أن يكون أحد المتعاقدين هو الذي وقع في الغلط بحيث لا يشترط أن يكون الغلط مزدوجا أو جماعيا.

فالغلط لا يخول الإبطال إلا إذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى الرضى، نفس الأمر بالنسبة للغلط الواقع على شخص أحد المتعاقدين أو صفته، كما هو منصوص عليه في الفصلين 41 و 42 من ق. ل. ع³. وبالتالي يقع على المتعاقد التزام الإفصاح للطرف الآخر عن كافة المعلومات المتعلقة بتوافر أو عدم توافر الصفة الجوهرية أو الأساسية الدافعة إلى التعاقد ليزيل الوهم عن ذهنه. ومع ذلك، فإن دور الالتزام

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النشر الجامعية المصرية، القاهرة، 1952، ص 289.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة السلام، القاهرة، 1989، ص 356.

- Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer, Obligations, Tome 2, Contrat, 5è édition, Ed. Litec, Paris, 1995, p. 167.

² - عبد الحق صافي، القانون المدني، الكتاب الأول: تكوين العقد، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006، ص 308.

³ - الفصل 41 ق. ل. ع: "يخول الغلط الإبطال، إذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه، كانت هي السبب الدافع إلى الرضى".

- الفصل 42 ق. ل. ع: "الغلط الواقع على شخص أحد المتعاقدين أو على صفته، لا يخول الفسخ إلا إذا كان هذا الشخص أو هذه الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى صدور الرضى من المتعاقد الآخر".

بالإعلام في ضمان الشفافية على ضوء نظرية الغلط يظل غير كاف ولا يكاد يتجاوز الحماية التي تحققها النظرية نفسها، في حين أن الالتزام بالإعلام إذا ما أخذنا به في استقلال عن هذه النظرية، فهو يلعب دورا فعالا في حماية رضاء المستهلك لأنه يسمح بالمطالبة بإبطال العقد حتى ولو لم تتحقق شروط الطعن بالغلط، والتي منها أن ينصب الغلط على صفة جوهرية¹، حيث لا يتصور أن يقضي القانون باعتبار الغلط عائبا للإرادة في كل الأحوال وبلا قيد أو شرط، لذلك تضافرت جهود الفقه والقضاء والتشريع على وضع القيود والضوابط التي تحدد للغلط، باعتباره عيبا للإرادة وسببا لبطلان التصرف، نطاقا يحول دون أن يصبح أداة لزعة المعاملات وعدم استقرارها، أي أن الشروط التي توضع للغلط العائب للرضى هي شروط تهدف إلى التوفيق بين اعتبارات العدالة وحماية المتصرف. وتقرض نظرية الغلط نفسها في عقود الإذعان لكون هذه العقود تتم في نماذج عقود موحدة ونمطية ومتعددة يصعب على المتعاقد المستهلك الجاهل Profane فهمها باعتباره شخصا عديم الخبرة والتجربة والكفاءة، ويصعب عليه التثبت من مفهوم وماهية الشروط وأثرها على مصالحه الاقتصادية والمالية من العقد مما يعرضه للغلط بشأنها.

يتضح إذن أن نصوص مدونة الالتزامات والعقود المتعلقة بالغلط لم تأت متسمة بما كان ينبغي من الدقة والإحكام فهي لم تأخذ بالنظرية الحديثة في الغلط²، بمعنى أنها لم تطلق الحكم بالنسبة إلى حالات مقررة أنه يقع مؤثرا كلما كان جوهريا أي دافعا إلى التعاقد، أي كلما كان هو السبب الرئيسي الذي أدى بالمتعاقد إلى ارتضاء العقد حيث لولاه لما ارتضاه. فالمدونة قد لجأت إلى تحديد الغلط المؤثر تحديدا ماديا دون أن تلجأ إلى وضع معيار مرن، أساسه الغلط الجوهري والغلط غير الجوهري على نحو ما تفعل النظرية الحديثة في الغلط³.

وتبقى هذه النظرية قاصرة عن ضمان حماية فعالة لشفافية التعاقد وبالتالي حماية رضا المستهلك كطرف ضعيف في العقد⁴. وذلك راجع بالأساس إلى تطلب المشرع أن يمس الغلط

1 - محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 2006، ص 35.

2 - في حين نجد القضاء الفرنسي قد طور نظرية الغلط عن طريق تأسيسه لنظرية الالتزام بالإعلام التي تلزم الدائن بالإفصاح للطرف الآخر بالمعلومات والبيانات المتعلقة بشروط العقد ليرفع عنه كل غلط.

3 - إدريس العلوي العبدلاوي، نظرية العقد، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1996، ص 333 و 334.

4 - لقد أثار الفقه مجموعة من التساؤلات حول ما إذا كان بالإمكان طرح نظرية التدليس جانبا والإبقاء على نظرية الغلط فقط؟

صفة جوهرية في العقد بحيث لا يمكن الاعتداد بصفات ثانوية وغير أساسية، فضلا عن ذلك تطرح إشكالية صعوبة إثبات المستهلك وقوعه في الغلط¹ خاصة وأن الغلط مسألة نفسية، كما أن جزاء إبطال العقد قد لا يكون مفيدا للمستهلك لأنه يرغب في الاستفادة من الشيء محل العقد لرغبته في استبعاد الشرط التعسفي وحده مع الإبقاء على العقد.

د: الإكراه

تعددت التعاريف الفقهية للإكراه²، فهو عبارة عن ضغط غير مشروع على إرادة الشخص فيولد لديه حالة من الرهبة والخوف الأمر الذي يحمله على التعاقد³، وانطلاقا من الفصل 46 ق. ل. ع⁴ يتبين لنا أن الذي يخول الإبطال ليس هو الإكراه في حد ذاته وإنما الخوف والرهبة التي ولدت في ذهن المتعاقد الآخر فجعلته يقبل التعاقد بأهون الشرين وأخف الضررين. أما أهمية الإكراه فقد تناقصت مع مرور الأيام وذلك بسبب تطور المدنية وظهور بعض المؤسسات القانونية الجديدة التي تهدف إلى حماية حقوق المستهلك بصفة عامة. وإذا كان المشرع المغربي لم يحدد وسيلة الإكراه التي تعيب رضاء المستهلك، فهل يمكن اعتبار الإكراه الاقتصادي⁵ أي الحاجة إلى التعاقد أو الإكراه الناتج عن ضعف الخبرة أو التجربة أو الكفاءة بمثابة إكراه يخول إبطال العقد؟

نعتقد أن النظرية التقليدية التي أخذ بها المشرع المغربي والتي تجعل الإكراه ضغطا شديدا ينذر بخطر جسيم محقق بالنفس أو المال لا يمكن أن تنهض كأساس قانوني لإبطال

وبصدد الإجابة عن هذا الاستفسار، فقد تباعدت الاتجاهات الفقهية، فهناك من يرى بأنه ليس من المعقول دمج هذين العيبين في عيب واحد مخافة تضيق دائرة تقرير الإبطال (Ghestin، العرعاري)، واتجاه آخر متحرر يقول بأنه أن الأوان للاستغناء عن نظرية التدليس بالتوسع في نظرية الغلط خصوصا في ظل التشريعات التي اعتنقت النظرية الحديثة في الغلط. (السنهوري).
1 - أمينة ناعمي، مرجع سابق، ص 251.

2 - Jaques Ghestin, La formation du contrat, 3è édition, L.G.D.J, 1993, P.561.

3 - عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، الطبعة الخامسة، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2016، ص 159.

4 - الفصل 46 ق. ل. ع: "الإكراه إجبار مباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه". وهو يقابل الفصل 1140 من القانون المدني الفرنسي والفصل 88 من القانون المدني الجزائري.

5 - Jaques MESTRE- Bertrand Fages, La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion, RTD. Civ, 2000, p.827.

العقد، لأن الضغوط الواقعية والعملية التي يتعرض لها مستهلكو السلع والخدمات تعتبر بمثابة إكراه معنوي أكثر حساسية لم يلتفت إليه واضعو القانون المدني¹.

كما يخضع إثبات الإكراه لنفس القواعد المتعلقة بإثبات التدليس، فهو كعيوب من عيوب الرضى لا يفترض بل يتعين أن يستدل عليه بكل وسائل الإثبات كشهادة الشهود والقرائن شأنه في ذلك شأن كافة الوقائع المادية. ومعلوم أن طالب الإبطال للإكراه يتعين عليه أن يثبت إضافة إلى وسائل الضغط والإجبار غير المشروعة التي تعرض لها، كون هذه الوسائل هي التي أثرت على إرادته وحملته على التعاقد². وتبقى لمحكمة الموضوع كامل الصلاحية لتقدير وسائل الإثبات المقدمة من قبل المتعاقد³ الذي يدعي الإكراه مع التزامها بصواب تعليل الاتجاه الذي تؤيده⁴. فمهما يكن من أمر عدم كفاية أو قصور نظرية عيوب الرضى في ضمان الشفافية في العقود الاستهلاكية، فإن الإمكانية النظرية للجوء إليها لإبطال العقد تصطدم بحقائق واضحة وهي:

- قلة اللجوء إليها لعدم ملاءمتها لظاهرة عقود الإذعان والعقود النموذجية، رغم ما يبدو في صياغتها من بريق.
- عدم مواكبتها للرغبة في ضمان شفافية العقود الاستهلاكية وبالتالي توازنها⁵.
- اقتصار تفعيلها على الجزاء المتمثل في إبطال العقد، الأمر الذي لا يخدم دائما مصلحة المستهلك. بالإضافة لعيوب الرضى يمكن للمستهلك اللجوء إلى الضمان القانوني والضمانات الاتفاقية الأخرى ليضمن شفافية عقده الاستهلاكي ووضوح حقوقه، فإلى أي حد تقوم نظرية العيوب الخفية بهذا الدور؟

¹ - أمينة ناعمي، م. س، ص 254.

² - Cass. 1^{re} Civ. 3 avr. 2002.

- RTD. Civ.2000, p.827, obs. J. Mestre et B. Fages.

- Petites affiches, 11 avr.2001, p. 17, note L. Belmonte.

⁴ - عبد الحق صافي، م. س، ص 362.

⁵ - عمرو قريوح، م. س، ص 140.

ثانياً: قصور نظرية العيوب الخفية

نتطرق لهذه النظرية من خلال مضمونها (أ) ثم جوانب قصورها في ضمان شفافية تنفيذ العقد الاستهلاكي (ب).

أ: مضمون الضمان في عقود الاستهلاك

يعد ضمان العيوب الخفية وسيلة جيدة في يد المستهلك لإلزام البائع بتسليم مبيع مطابق للمواصفات التي تم الاتفاق عليها والتي تستلزمها الأعراف وطبيعة التعامل، وبالرغم من أن النصوص المتعلقة بدعوى ضمان العيوب الخفية لم تتغير إلا أن القضاء قد طوعها لخدمة أهداف المستهلك المتعلقة بشفافية تنفيذ العقد. والأصل أن ضمان العيوب الخفية يتعلق بكل عقود البيع بدون تمييز وبغض النظر عن صفة المتعاقد مع البائع، فيستوي في ذلك المشتري مستهلكا كان أو أي شخص آخر. وإذا كان هناك تطور خاص في مسؤولية البائع المحترف، فإن ذلك حدث بفعل توسع القضاء في فهم النصوص القانونية¹.

فالتزام البائع لا يقتصر على تسليم المبيع للمستهلك حتى يصبح في حيازته بل لابد أن تكون هذه السلعة نافعة تحقق الغرض الذي قصده المستهلك من شرائها، فإن وجد بالمبيع ما ينقص من نفعه وجب على البائع أن يزيل هذا العيب أو أن يستبدل المبيع بغيره وإلا تحققت مسؤوليته تجاه المستهلك، إذن فظهور عيب خفي ومؤثر في المبيع من شأنه أن يجعل المبيع غير صالح لما أعد له من أغراض يمثل إخلالا بالتزام البائع، ويعطي ذلك الحق للمشتري أن يطلب فسخ العقد، بل أنه طالما أن ذلك العيب مؤثرا ولا يعلم به المشتري ولو علم به لما أقدم على التعاقد جاز له إبطال العقد لغلط جوهري في المبيع².

فالمقصود بالعيب هنا هو الخفي لأنه إذا كان ظاهرا بادي للعيان فلا ضمان. فالملاحظ أن المشرع المغربي وكذا جل التشريعات المعاصرة لم تضع تعريفا قارا للعيب الخفي، لأنه ليس من عادة المشرع وضع التعاريف بل الفقه والقضاء هما المختصان في هذا المجال. وقد عرفه

2 - إبراهيم عبد الحميد علي، حماية المستهلك، دراسة في قوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني، الطبعة الأولى، 2018، المصرية للنشر والتوزيع، ص 193.

بعض الفقه بأنه "كل ما يصيب أصل الفطرة السليمة للشيء، ويترتب عن ذلك نقصان في قيمته أو مجرد التأثير على منفعته وفقا لما خصص له المبيع حسب الطبيعة أو بمقتضى الاتفاق"¹، أو "النقيصة الموجودة في المبيع والتي لا تظهر عند فحصه وبالكشف عليه والتي تمنع الشاري من استعماله وفقا للغاية المحددة له"²، وهو ما فصله الفقه المالكي أيضا³. وعرفه اتجاه قضائي بأنه "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع"⁴.

فالمشرع المغربي في الفقرة الأولى من الفصل 549 ق. ل. ع استعرض العيب الخفي من خلال الشرط والآثار المترتبة عليه⁵ وهو يقصد الضمان بمفهومه الواسع، أي ضمان العيب بمعناه الدقيق وضمن تخلف الصفات، وقد تأثر في ذلك بمبادئ الفقه الإسلامي في هذا المجال، إذ نجد أن العيب الذي يوجب الضمان يتضمن معنيين:

¹ - عبد القادر العرعاري، ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، 1996، دار نشر المعرفة، الرباط، ص 25.

² - أميد صباح عثمان، النظام القانوني للاعتراف المدني، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2012، ص 127.

³ - ابن عاصم الأندلسي، م. س، ص 41:

وما من الأصول بيع وظهر	والمشتري عيب به كان استتر
فإن يكن ليس له تأثير	في ثمن فخطبه يسير
وما لمن صار له المبيع	رده ولا بقيمة رجوع
وإن يكن ينقص بعض الثمن	كالعيب عن صدع جدار بين
فالمشتري له الرجوع ها هنا	بقيمة العيب الذي تعينا
وإن يكن لنقص ثلثه اقتضى	فما علا فالرد حتم بالقضا
وكل عيب ينقص الأثمانا	في غيرها رد به ما كانتا
وبعضهم بالأصل عرضا ألحقا	في أخذ قيمة على ما سبقا
ثم العيوب كلها لا تعتبـر	إلا بقول من له بها بصر
والمشتري الشيء وبعد يطلع	فيه على عيب قيامه منع
إلا مع الفور ومهما استعمل	عد اطلاعه المعيب بطلا
كاللبس والركوب والبناء	والهدم والجماع للإمـاء
وكامن يبدو مع التغيـر	كالسوس لا يرد في المأثور
والبق عيب من عيوب الدور	ويوجب الرد على المشهور
وأجرة السمسار تسترد	حيث يكون للمبيـع رد
وحيثما عين قاض شهدا	للعيب فالإعذار فيهم عهدا.

- للاطلاع على الشرح المفصل، انظر : أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، الجزء الثاني من نفس المؤلف، "فصل في العيوب"، ص 138-149.

⁴ - نقض مدني مصري في 8-4-1948، مجموعة القواعد القانونية، رقم 96، ص 360. أشار إليه ذ. أمي صباح عثمان، م. س، ص 127.

⁵ - الفصل 549 ق. ل. ع: "يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقضا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد. أما العيوب التي تنقص نقضا يسيرا من القيمة أو الانتفاع، والعيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، فلا تخول الضمان. ويضمن البائع أيضا وجودا لصفات التي صرح بها أو التي اشترطها المشتري".

- **الأول:** يأتي بمعنى الآفة الطارئة التي يخلو منها جنس المبيع وهو كل ما يؤدي إلى نقص في قيمة أو منفعة المبيع.
- **الثاني:** هو فوات الصفة كأن يقوم البائع بالتأكيد على وجود صفة معينة في المبيع كانت سببا في إقدام المشتري على الشراء، ثم يكتشف بعد استلام المبيع عدم وجود تلك الصفة فيه.

وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا التعريف، فقد جاء في أسباب حكمها "مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية تتحقق عندما تكون كامنة في مادة الشيء ذاته وموجودة فيه في وقت تسلم المشتري له، وأن تنقص من قيمته بحسب الغرض الذي أعد له، وأن يثبت المشتري عدم استطاعته أن يتبينها بنفسه لو فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد، ما لم يكن البائع قد أكد له خلو المبيع منها أو تعمد إخفاءها غشا منه¹. أما القانون الفرنسي فقد تشابه موقفه مع نظيره المصري² والمغربي، حيث عرف العيب الخفي في المادة 1641 من القانون المدني، حيث لم يضع تعريفا محددا للعيب الموجب للضمان³، وعلى ذلك سار المشرع الجزائري⁴.

ب - قصور نظرية العيوب الخفية عن ضمان شفافية تنفيذ عقود الاستهلاك

بالاستناد إلى مفهوم هذه النظرية بالشكل الذي أوردناه ينحصر تطبيقها على العيوب التي تضر بالجدوى الاقتصادية للمبيع، أما الأضرار التي تلحق المستهلك في صحته أو سلامته البدنية فهي مستبعدة من نطاق ضمان العيوب الخفية لتتلقفها بالتعويض قواعد أخرى، مما يجعل المستهلك يلجأ إلى هذه الأخيرة لحمايته في مواجهة المنتج.

¹ - نقض مدني في 2007/4/27، طعن رقم 6826. أورده إبراهيم عبد الحميد علي، م. س، ص 195.

² - المادة 447 من القانون المدني المصري.

³ - 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 ».

⁴ - المادة 379 من القانون المدني الجزائري.

كما أن دعاوى ضمان العيوب الخفية لا تحقق الهدف المتوخى وذلك للعديد من الصعوبات:

- أولاً: لا يمكن الاستفادة من هذا الضمان إلا إذا كان الشيء المبيع بع عوار يؤثر على أدائه لوظيفته، كذلك فإن ضمان العيوب الخفية لا يسمح بحماية المستهلك في كل حالات عدم مطابقة المبيع للمواصفات المتفق عليها، فدعوى ضمان العيب الخفي لن تقبل مثلاً إذا كان المبيع من نوعية أقل درجة من النوعية المتفق عليها في العقد.
- ثانياً: رفع دعوى ضمان العيوب الخفية يفترض أن يتم خلال مدة قصيرة¹ حسب الفصل 573 ق. ل. ع، مما قد تضيع معه فرصة المستهلك في اللجوء إلى القضاء خصوصاً وأنها تبدأ منذ تسليم المبيع بغض النظر عن علم المشتري بالعيب، رغم محاولات القضاء الفرنسي التحايل على قصر المدة إما بافتراض بدئها من تاريخ علم المشتري بالعيب الخفي، أو باعتبار 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.

فافتراض علم البائع المحترف²، منتجاً أو تاجراً، بعيوب الشيء الذي يبيعه أو ينتجه وعدم السماح بإقامة الدليل على عكس هذا الافتراض يبقى مشروطاً بشروط ضمان العيوب الخفية. ولا يخفى أن تقييد المستهلك بهذه القيود المفروضة قانوناً يقف في كثير من الأحيان حجر عثرة أمام المستهلك. كما أن مبدأ الالتزام بالتسليم المطابق فهو الآخر، رغم المزايا التي يقدمها للمستهلك إلا أنه يبقى عاجزاً عن ضمان الشفافية الحقة، ذلك أن مبدأ عدم المطابقة يصيب مصالح اقتصادية بحتة، هي واجبة الاحترام بلا ريب ولكنها أقل أهمية من كل ما يتعلق بصحة المستهلك وسلامته البدنية. أيضاً فهذا المبدأ لا يتسم بالصرامة، فدور السلطات العامة في مسألة

¹ - بالنسبة إلى العقارات 365 بعد التسليم، وبالنسبة للمنفقولات والحيوانات خلال 30 يوماً بعد التسليم.

² - يرجع هذا الافتراض إلى الفقيه Poitier الذي وضع مبدأ تشبيه البائع المحترف بالبائع السيء النية، فجعله مسؤولاً كالبائع الذي يعلم بالعيوب عن جميع الأضرار التي يحدثها المبيع بسبب ما فيه من عيب بأمواله أو بجسم المشتري (المستهلك). ونعتقد أن هذا الاتجاه جدير بالتأييد، لأنه يتفق مع مدلول فكرة الشفافية وما تقتضيه من المحترف من دراية وخبرة يسمحان له باكتشاف عيوب ما يصنعه أو ما يبيعه، بحيث يكون ملزماً بإزالة هذه العيوب واتخاذ الوسائل الكفيلة لوقاية الغير من أثارها السيئة، فإن لم يفعل عد مسؤولاً عن الأضرار التي لحقت بمعاقده في جسده وأمواله.

عدم المطابقة يبقى محدودا، فهي لا تتدخل إلا لتجنب صور جسيمة من الغش التجاري كما في بيع منتجات تحت مسمى غير مطابق مثلا¹.

- ثالثا: وجود صعوبات عملية أخرى تواجه المستهلك، فالمشتري العادي لا يعرف عادة بوجود الالتزام بضمان العيوب الخفية، وحتى إن علم به فإنه يضطر إلى اللجوء إلى القضاء بما يستتبعه ذلك من تكلفة ووقت يحجبانه عن ذلك.

- رابعا: يشكل إثبات وجود العيب الخفي ذاته عقبة كبيرة في مواجهة المستهلك الذي يلزمه إثبات وجود العيب وقت استلام المبيع، وكان الأولى، في ظل تطور حماية المستهلك، نقل عبء الإثبات على عاتق البائع بافتراض أن العيب موجود منذ تسلم المشتري للمبيع لتجنيب هذا الأخير صعوبة الإثبات والنفقات التي قد تصاحبه².

- خامسا: عجز قواعد الضمان عن توفير الحماية الكافية للمستهلك من الأضرار التي تنجم عن المنتجات ذات الطبيعة الخطرة، حيث أنه وفقا للمادة 1648 من القانون المدني الفرنسي يجب رفع الدعوى خلال مدة قصيرة وإلا كانت غير مقبولة، كما أن قرينة سوء نية البائع المحترف تخالف قاعدة أن الأصل حسن النية، وعلى الرغم من توافق شرط الإعفاء أو التخفيف من ضمان العيب الخفي مع مبدأ هام وهو حرية الإرادة وأن العقد شريعة المتعاقدين إلا أن إجازة المشرع هذا الشرط في العقد تضر بمصالح المستهلك وحقوقه.

كما أن المستهلك الذي يقوم بشراء سلعة جديدة لن يكون قادرا على مطالبة المنتج أو البائع بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه من جراء استخدام المنتج، أما من الناحية القانونية فإن شرط الإعفاء أو تخفيف المسؤولية يجعل المتعاقد في وضع أسوأ من غير المتعاقد حيث أن الرابطة العقدية بين المستهلك والبائع أو المنتج لتعطيه الحق في المطالبة بالتعويض عن

1 - إبراهيم عبد الحميد علي، م. س، ص 100.

2 - عبد المنعم موسى إبراهيم، م. س، ص 471.

الضرر الذي تسببت فيه سلعته أو مبيعه، أما غير المتعاقد فيستطيع الرجوع على البائع أو المنتج على أساس المسؤولية التقصيرية¹.

الفقرة الثانية: اختلال التوازن العقدي بين المهني والمستهلك

التطبيق الصارم لمبدأ سلطان الإرادة في صورته التقليدية ترتبت عنه الكثير من النتائج السيئة، ومن أهمها أنه كرس استغلال القوي للضعيف بسبب فرضية المساواة بين أطراف العقد، التي اصطدمت في أواخر القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين بواقع مناقض تماما. فتطور عقود الإذعان وانتشار اختلال التوازن الصارخ وعلى أوسع نطاق، جعل الهوة تزداد اتساعا بين العمال وأرباب العمل، وبين المؤمنين والمؤمن لهم، وبين المحترفين والمستهلكين، وغيرها من العلاقات التعاقدية التي عرفت تفاوتاً كبيراً بين المراكز التعاقدية. وأصبح التساؤل منصب حول كيفية إحلال مساواة فعلية محل المساواة المجردة أمام القانون؟

هذه العوامل وغيرها أدت إلى مراجعة الأسس والقواعد التي استند إليها مبدأ سلطان الإرادة من قبل غالبية الفقه الذي اعتبر هذا المبدأ خيالاً و غير ملائم للواقع، وبالتالي اقترح أسساً بديلة ترمي في مجملها إلى تحقيق الشفافية والعدالة التعاقدية. هذه القراءة الجديدة في نظرية العقد سمحت بظهور أفكار جديدة من أهمها فكرة التوازن العقدي. وفي ظل هذه الحركية القانونية، اتجهت الأنظار لفكرة التوازن العقدي في القانون المعاصر رغبة في جعلها كأهم الموجّهات الحديثة لقانون العقود، وأصبح ينتظر منها إحالة العقد أكثر واقعية وانسجاماً مع المستجدات الاقتصادية والاجتماعية، وإضفاء المسحة الأخلاقية على الروابط التعاقدية، والتي غابت عنها لعقود من الزمن². وهنا يثور تساؤل عن كيفية تصور مفهوم التوازن العقدي في ظل نظام قانوني ذو نزعة فردية يحرم الإرادة ويقدها؟

معلوم أن المشرع المغربي لم يصنف ولم يكيف العقود بالمتوازنة أو بالمتكافئة أو بمختلفة التوازن لكنه تأثر إلى حد بعيد بالمشرع الفرنسي، حيث جاءت نصوص ق. ل. ع مطابقة

¹ - عبد الحميد الديسبي عبد الحميد، آليات حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 2008، ص 296.

² - درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014، ص 8.

لأحكام المذهب الفردي، معتتقة لمبدأ سلطان الإرادة دون التصريح بذلك. حيث جاء في صلب الفصل 230 ق. ل. ع ما نصه: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون¹". ففي إطار هذا المبدأ، لا يمكن للتنظيم التشريعي إلا أن يكون مكملاً لإرادة المتعاقدين وليس مقيداً لها². أما القواعد المقيدة للإرادة فلا يجب النظر إليها إلا على أساس أنها استثنائية ومحددة المجال، ولا يجدر بالمشرع سنّها إلا من أجل حماية النظام العام والآداب العامة كما هو الحال بالنسبة لاشتراط مشروعية المحل والسبب وحماية أهلية المتعاقدين.

لذلك تعتبر الرضائية لدى المذهب الفردي العنصر الأساسي والوحيد المعتبر لقيام العقد، والمقصود بهذه الرابطة تبادل رضى الطرفين³، أما التبادل بين الذم المالية والمتمثل في مضمون العقد، فلا يحظى إلا بأهمية ثانوية لديهم، حيث لا نجد وفق هذه الرؤية أي اعتبار للتوازن الموضوعي⁴. فما تم نتيجة إرادتين حرتين يكتسب قوة ملزمة ويستوجب حماية القانون له، فلا يصح تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين. ذلك أن مساواة الطرفين مفترضة، وطالما أن الاتفاق ناتج عن تنازلات متبادلة فهو إذن متوازن. وبالتالي لا ضرورة لأي تدخل خارجي لتصحيح العقود المبرمة بحرية، بدعوى عدم عدالتها وضرورة إقامة التوازن فيها، لأن اعتبار الإرادة أساس الالتزام التعاقدي لا يعني أنها تقيد المتعاقدين فحسب، بل إن هذه الإرادة تعتبر قانون التعاقد – العقد شريعة المتعاقدين – الذي يلزم الجميع بمن فيهم القاضي، الذي يستوجب عليه احترام مضمون العقد كما هو، وتطبيقه بين طرفيه⁵. بل هناك من الفقه من اعتبر أن مبدأ التوازن العقدي يشكل خطراً على مبدأ الرضائية الذي يعتبر العقد مجرد تبادل للرضى بين المتعاقدين⁶. ولقد تصدى خصوم مبدأ سلطان الإرادة لانتقاد الأسس التي قام عليها والنتائج

¹ - تقابلها المادة 106 من القانون المدني الجزائري، والمادة 147 من القانون المدني المصري، والمادة 1103 من القانون المدني الفرنسي.

² - حسين عبد الباسط جمبجي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 14 وما يليها.

³ - Emmanuel GOUNOT, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Thèse, Dijon, 1912, p 132. in : L'équilibre contractuel, Laurence Fin – Langer, L.G.D.J. Paris, 2002, p. 35.

⁴ - Laurence Fin - Langer, Op.cit., p.36.

⁵ - E. GOUNOT, op.cit., p. 44-45.

⁶ - F.P. BENOIT, Notions et concepts, instruments de connaissance juridique, in : Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser, PUF, 1995, p.30.

المرتبة عليها. فبينوا أن المتعاقد لا يقبل على التعاقد لأنه أراد فحسب، بل لاعتبارات اجتماعية، تستوجب توفير الثبات والاستقرار للمعاملات والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين، وهذا ما يعطي للعقد قوته الملزمة. فالملكية ليست إرادة مطلقة للمالك بل وظيفة اجتماعية تحقق الصالح العام.

من ناحية أخرى لا يجب الخلط بين المساواة القانونية والمساواة الفعلية، فإذا كان حقا أن الأفراد متساوون أمام القانون، بمعنى عدم جواز التفرقة القائمة على التفاوت في الطبقة الاجتماعية بين الأشخاص للاعتراف لهم بالحقوق، فهذا لا يمنع من حقيقة أن المجتمع مؤلف من أفراد متفاوتون من حيث الخصائص والإمكانات، ولكل منهم عناصر قوة وعناصر ضعف وبالتالي ليس لهم نفس القدرة على التفاوض بشأن الحقوق.

يأخذ هذا التفاوت في المجال التعاقدي شكلا أكثر خطورة من حيث الآثار، فنجد مثلا أحد طرفي العقد مكرها على التعاقد تحت وطأة الحاجة المادية الملحة، في حين يكون الطرف الآخر في فسحة من أمره ويستطيع الانتظار. هذا الوضع يجعل الطرف الأول راضيا تماما تحت هيمنة الطرف الثاني، فقد أثبت الواقع أن الطرف الأقوى هو دائما من يملئ قانونه ويجعله نافذا. إن انعدام المساواة هاته تقضي كل فرضية للمفاوضة والتنازلات المتبادلة، كما تقضي على إمكانية نشوء أداءات متوازنة بين الأطراف، لاسيما مع تطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي جعلت المصالح تزداد تضاربا، وبالنتيجة الهوة تزداد اتساعا بين الأفراد يوما بعد يوم.

فالتفاوت بين الأفراد وانعدام المساواة بينهم في القوة الاقتصادية، أظهر بشكل جلي أن التوازن العقدي لا ينكم إقامته تلقائيا من خلال مفاوضات الأطراف المتعاقدة، بل إن الحرية التعاقدية كثيرا ما تؤدي إلى مظالم كبيرة، إذ غالبا ما تجعل الضعفاء تحت رحمة الأقوياء، يستغلونهم أبشع استغلال، بذلك أصبح المستهلك المجبر على التعاقد لحاجته الملحة للسلعة أو الخدمة صحية جشع المحترفين الذين يتلاعبون بحقوقه كيفما شاؤوا، تحت غطاء سلطان الإرادة¹. كما أن الحرية التي رفع لواءها المذهب الفردي كانت حكرا على من يستطيع

1 - درماش بن عزوز، م. س، ص 95.

ممارستها، والمقصود بهم الأغنياء وأصحاب رؤوس الأموال، فلم يكن لهم ثمن ممارسة الحرية لأن ممارستها تتطلب تكافؤ الفرص، والمذهب الفردي لا يوفر هذا التكافؤ. والمذهب الفردي الذي يعتبر الفرد غاية في حد ذاته، والحرية الفردية حقا مقدسا، يتجاهل في الوقت ذاته الطبيعة الإنسانية وما جبلت عليه من أنانية. هذه الأخيرة دفعت الكثير من الأفراد باسم الحرية، إلى إشباع حاجاتهم الخاصة على حساب الضعفاء.

وتجد الإشارة إلى أن عقود الاستهلاك تشكل ذروة اختلال التوازن بين طرفيها، الأمر الذي جعل تدخل المشرع يتخذ أشكالا متعددة، محاولا بذلك مسايرة التسارع الذي يميز مجال الاستهلاك، الأمر الذي توج بإصدار تشريعات كثيرة في كل الأنظمة القانونية¹، نظمت بشكل دقيق علاقات الاستهلاك ومنعت قدر الإمكان الاستغلال التعسفي لحاجات المستهلكين من قبل المحترفين.

الفقرة الثالثة: المبررات التقنية لحاجة المستهلك للشفافية

تعتبر الشبكة العنكبوتية web المنتشرة حول العالم نافذة مفتوحة أمام الملايين للصفحات الجاهزة تحت الطلب، وتمثل صالة عرض تقديرية لكافة المنتجات والخدمات فضلا عن البريد الإلكتروني الذي يقدم للمستهلك أيضا أنواعا متباينة من المنتجات والخدمات، حيث يجري إبرام العقود إذ يمكن للمستهلك أن يعبر عن إرادته بشراء السلعة أو الخدمة بالضغط على زر معين في جهازه الإلكتروني، ويفترض في أي موقع على شبكة الأنترنت أن يكون ثابتا ومستمرا بالشكل الذي يتيح الدخول إليه ساعة يشاء المستهلك وأيا كان المكان الذي يقيم فيه. إذ أن المواقع على شبكة الأنترنت، تجارية كانت أو غير تجارية، لا تتقيد بحدود الزمان والمكان².

فالمستهلك في مجال المعاملات الإلكترونية هو نفسه المستهلك في عمليات التعاقد التقليدية، ولكنه فقط يتعامل عبر وسيلة إلكترونية ومن خلال شبكة اتصالات عالمية، وهذا

¹ - القانون 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك المغربي، القانون 89-02 المتعلق بحماية المستهلك الجزائري، القانون الاستهلاكي الفرنسي، القانون رقم 181 لسنة 2018 المتعلق بحماية المستهلك المصري.

² - آلاء يعقوب يوسف، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، جامعة النهرين، العراق، ص 17.

يعني أن للمستهلك الإلكتروني نفس حقوق المستهلك العادي ويتمتع بالحماية القانونية التي يقرها المشرع، مع الأخذ في الاعتبار القواعد المتعلقة بخصوصية العقد الإلكتروني¹.

كل ذلك يفرض على المحترف احترام القواعد الحمائية لجمهور المستهلكين² وفي مقدمتها التنوير المعلوماتي المطلوب للمستهلك، حيث يجب أن يكون الإيجاب واضحاً ومفهوماً ومناسباً لقدرة المستهلك المفتقر للحد الأدنى من المعلومات. فقدرة المستهلك على التعامل مع هاتفه الذكي أو حاسوبه وشبكة الأنترنت تسهل عليه الوصول إلى المنتجات والخدمات التي يريدها، وهنا يجب أن نفرق إعلام المستهلك الذي يعد من حقوقه وبين معرفة المستهلك المعلوماتية بشبكة الأنترنت، والتي تمثل حداً أدنى من أجل وصول المستهلك إلى معلومات عن الخدمات والمنتجات، أي قدرته على التعامل مع جهاز الحاسوب وشبكة الأنترنت. فضعف أو انعدام المعرفة بالبيانات الخاصة بالعقد قد يسقط المستهلك في حيل وخداع قراصنة الأنترنت من خلال المواقع الوهمية أو التعاقد الوهمي، أو توقيع عقد لا يضمن حقوقه المشروعة. ومن هنا التساؤل: هل المستهلك الإلكتروني يكفيه الإعلام الكلاسيكي فقط شأنه في ذلك شأن المستهلك التقليدي؟ أم أنه في حاجة لإعلام متقدم *une information avancée* وذلك بالنظر لخصوصية وضعه مقارنة بالمستهلك العادي؟

إن الواقع العملي يثبت أن هذه المواقع التجارية الإلكترونية من شأنها صرف المستهلك عن إدراك المعرفة الحقيقية والكاملة والموضوعية لكل الالتزامات التي سيتعهد بها، فلو أننا بصدد عقد بيع عبر الأنترنت فإن الشروط الجوهرية لهذا العقد تكون موجودة غير أنها تكون مستترة فيما وراء وصلات الربط المحورية. ويكون واجباً على المستهلك نفسه أن يجد الأيقونة التي سينقر عليها لينفذ إلى معرفة كاملة وموضوعية عن المنتج المعروض أو الخدمة المقدمة هذا مع افتراض حسن نية المهني. وبذلك لا يكون كل المستهلكين مدركين لأدوات المعلوماتية، مما يظهر عدم التوازن بين طرفي العقد في أوضح صورته³.

¹ - عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، مصر، 2019، ص 66.

² - أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 108.

³ - إمان التيس، المستهلك الإلكتروني بين الإعلام العادي وترسيخ الإعلام المتقدم، مؤلف جماعي: "حماية المستهلك بين النصوص القانونية والعمل القضائي"، منشورات المركز الوطني للبحث القانوني، الطبعة 1، 2022، ص 71.

ولتكون إرادة المستهلك متبصرة ينبغي أن يدرك يقينا العبارات التي تحمل له الإيجاب من حيث معناها ومقاصدها وتظهر هنا إشكالية اللغة المستعملة، وإذا كان المشرع المغربي يفرض على الشركات استعمال اللغة العربية¹، إلا أن الواقع التطبيقي ينبئ عن صعوبة باللغة في تنفيذ هذا الالتزام، مما يمكن أن يقود إلى عدم فهم دقيق للخدمة المقدمة، أو عدم إدراك الأركان الخاصة بالعقد المتعلق بمنتج ما². لذلك لم يقف المشرعون مكتوفي الأيدي وبمعزل عن مواكبة التطورات الحديثة، التي جعلت الفضاء الإلكتروني مجالا لإبرام العديد من العقود. فبينما كانت العقود تبرم بعد مفاوضات ومساومات عدة مع الأطراف، أصبحت الدعاية والإعلانات تتم في معظمها باستخدام الوسائط الإلكترونية أو غيرها. ودون حضور مادي للطرفين أو مواجهة بينهما. كما يعرض العقد على الطرف الآخر ليقبله أو يرفضه في جملته، وهو فرصة لفرض شروط الطرف القوي في العلاقة العقدية. الأمر الذي يفرض البحث الدائم عن ترسيخ مبدأ الوضوح والشفافية وحسن النية في كافة التعاقدات الاستهلاكية كونها تتضمن طرفا ضعيفا، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال إلزام التشريعات³ وتأكيد أحكام القضاء على صياغة هذه الشروط بصورة واضحة وبلغة مفهومة للمستهلك، مع بيان كافة التفاصيل الأخرى التي تباعد بين المستهلك والوهم الذي يقع تحت طائلته عند الإقدام على التعاقد⁴.

وهنا يثار الإشكال: هل العقد الإلكتروني عقد مساومة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف المتعاقدة، أم عقد إذعان لا يكون للمستهلك فيه حرية الإرادة التي تمكنه من التفاوض حول شروط العقد ولا يكون له إلا الاستجابة للشروط الموضوعة من الطرف الآخر، دون أن يملك مناقشتها أو التعديل فيها أو الاعتراض عليها؟

1 - المادة 8 من مرسوم رقم 2.12.389 الصادر في 22 أبريل 2013 بتحديد شروط وكيفيات عنونة المنتجات الغذائية: "يجب أن تحرر المعلومات المكتوبة على المنتجات باللغة العربية، وعند الاقتضاء، بلغة أو لغات أخرى دون استعمال اختصارات أخرى غير تلك المنصوص عليها في النصوص التنظيمية الخاصة بالمنتج المعني أو في الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها المملكة. ويمكن، بقرار للوزير المكلف بالفلاحة، أن تعفى بعض المنتجات المستوردة أو الموجهة لفئة معينة من الزبائن وبعض المشروبات المصنعة محليا، من استعمال اللغة العربية في عنونها".

2 - أسامة أحمد بدر، م. س، ص 109.

3 - الباب الثاني من القسم الرابع من ق. ح. م (المواد من 25 إلى 44).

- الفصل الثالث من الباب الثاني من قانون الاستهلاك المصري رقم 181 لسنة 2018 (المواد من 36 إلى 41).

- Art L 221-11/12/13/14/15 du code français de la consommation.

4 - عبد الرؤوف الحسن أبو الحديد، م. س، ص 9 و12.

لقد انقسم الفقه في الإجابة عن هذا التساؤل إلى اتجاهين:

أ - الاتجاه الأول: العقود الإلكترونية عقود مساومة

إن عقد المساومة هو الذي يقوم التراضي فيه على أساس المساواة الفعلية والقانونية بين أطرافه، بحيث يستطيع كل منهم مناقشة شروطه، فيتم الاتفاق بينهم بعد التفاوض والمساومة. يرى أنصار هذا الاتجاه أن العقود الإلكترونية إنما هي عقود مساومة وليست عقود إذعان. ذلك لأن حرية الأطراف غير مقيدة بمجرد الموافقة أو الرفض على شروط العقد التي ينفرد بوضعها الموجب، لكن المستهلك يملك الحرية في التعاقد مع أي منتج آخر إذا لم تناسبه هذه الشروط التي تظهر له على شبكة الأنترنت بحيث له أن ينتقل من موقع إلى آخر ليختار ما يناسبه، وبهذا نجد مبدأ الرضائية هو السائد في العقود الإلكترونية. وبالتالي لا تنطبق عليها الشروط التي تميز عقد الإذعان¹.

ب - الاتجاه الثاني: العقود الإلكترونية عقود إذعان

يستند أنصار هذا الرأي إلى حقائق موضوعية، وهي أن المهني في مركز اقتصادي ومعلوماتي قوي، وأن العقد يتعلق بسلع وخدمات لا غنى عنها للمستهلك الذي يسعى لتلبية حاجاته الشخصية أو حاجات أسرته، بالإضافة إلى أن الإيجاب يعد عاما موجها لجمهور غير محدد، وتتم صياغة شروطه في قالب نموذجي تتسم الصياغة فيه بالتطرق لمسائل فنية دقيقة كعنوان للعلاقات العقدية الحديثة التي تفتقر إلى الوضوح، وإن كانت واضحة فلا يتيسر للمستهلك العادي فهمها. وحيث أن المستهلك يذعن للإيجاب الإلكتروني بما يتضمنه من شروط مطبوعة لا يملك احتمالية تعديلها، مما يوجد اختلافا عقديا بين طرفي العقد².

وفي هذا السياق نميز بين مفهوم تقليدي وآخر حديث لعقد الإذعان. فوفق الأول تتميز هذه العقود باجتماع عناصر ثلاثة:

¹ - أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت، دار وائل، عمان، 2006، ص 83.
² - رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الإلكترونية، الطبعة الأولى، 2016، ص 43.

- تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.
- احتكار هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها.
- صدور الإيجاب إلى الجمهور بشروط متماثلة ولمدة غير محدودة.

بيد أن الرأي السائد في الفقه¹، وهو المفهوم الحديث، يميل إلى عدم التشدد في تحديد فكرة عقود الإذعان ولا يشترط الشرطين الأولين، ويكفي أن يكون قد تم تجهيزه مسبقا بواسطة أحد المتعاقدين (المهني) بحيث لا يقبل أي مناقشة للشروط الواردة به. أو أن يوجد أحد طرفي العقد في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر من حيث المقدرة الاقتصادية أو الخبرة المهنية. فالمفهوم الحديث للإذعان قد تطور ليستوعب ضرورات حماية المستهلك في مواجهة مجتمعات الإنتاج الضخمة. ومن الفقه² من اعتمد معيار الوسيلة المستخدمة في إبرام التعاقد الإلكتروني لتمييز ما إذا كان العقد الإلكتروني رضائيا أم إذعانا:

- فإذا تم التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني، أو من خلال برامج المحادثة أو باستخدام الوسائل السمعية المرئية، فإن العقد الإلكتروني يكون عقدا رضائيا، حيث يتبادل الطرفان الآراء ووجهات النظر عبر الرسائل الإلكترونية ويستطيع المستهلك التفاوض بحرية حول شروط التعاقد والمفاضلة بين العروض المطروحة عليه حتى يحصل على أفضل الشروط التي تناسبه. ولذلك فالعقود التي تبرم عن طريق هذه الوسائل تعد من قبيل عقود المساومة.

- أما إذا تم التعاقد عبر مواقع الويب والتي تستخدم غالبا عقودا نموذجية تكون شروطها معدة سلفا من قبل المهني ولا يترك معها للمستهلك في الغالب مجالا للمساومة والمناقشة في هذه الشروط. وبالتالي لا يكون المتعاقدون على قدم المساواة لعدم التكافؤ في المقدرة التعاقدية. فإن العقد الإلكتروني يكون عقد إذعان.

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 85.

- محسن البيه، مشكلتان متعلقتان بالقبول السكوت والإذعان، دار النهضة العربية، 1985، ص 147.

² - خالد ممدوح إبراهيم، م. س، ص 88.

ونعتقد أن العقود الإلكترونية المتمثلة في التعاقد عبر الأنترنت لا تكون إلا عقود إذعان إذا ما أخضعناها للقواعد العامة. فكل المواقع التي تقدم خدمات أو سلع لجمهور غير محدد لا يمكن إلا أن تكون عقود إذعان، ويتضح ذلك بجلاء من خلال الاطلاع على تلك المواقع وعلى كيفية إبرام عقودها، ولم نجد منها ما هو عقود مساومة إلا تلك العقود المبرمة بين طرفين من نفس الفئة أي بين محترفين، أما تلك التي تجمع بين مهني أو محترف وجمهور فهي عقود إذعان بمقياس النظرية العامة للعقد كما أسلفنا. فعند التسجيل في مواقع كبرى كمايكروسوفت وأمازون¹ مثلاً، نجد لها اتفاقية محددة شروطها سلفاً لا مجال للمفاوضة والمساومة فيها وعلى المستهلك أن يقبل الشروط كما هي جملة أو يرفضها جملة، ومجال الحرية في التعاقد محدود جداً، يكون غالباً في حالات ضيقة كأن يكون الموقع خاص بتصميم منظومة بمواصفات معينة لتلبي احتياجات المتعاقد، ففي هذه الحالة يكون هناك مجال لتعديل المنظومة وفق رغبة المشتري، أما السعر وغيرها من الشروط فلا مجال البتة للتفاوض فيها. فنظام البيع في المواقع الإلكترونية أوتوماتيكي من بدايته إلى نهايته.

وعليه، يجب النظر إلى العقود الإلكترونية من زاوية نظرية الاستهلاك التي توفر حماية أكبر من تلك التي توفرها نظرية الإذعان التي لا تسعنا بالحماية المنشودة. وأي قول غير هذا سيفوت فرصة الحماية التي تتيحها قوانين حماية المستهلك.

¹ - <http://www.microsoft.com>
- <http://www.amazon.com>

المبحث الثاني: وظائف الشفافية في عقود المستهلك

لقد جلب النشاط الاقتصادي اهتمام المشرع من زاوية إرساء الشفافية اللازمة في مختلف المعاملات، حيث أصدر المشرع الفرنسي مذكرة 1 دجنبر 1986 التي فرضت على بائعي السلع ومقدمي الخدمات إخبار المستهلك حول الأسعار وحدود المسؤولية والشروط الخاصة للبيع، ثم قانون 2 غشت 1989 حول سلامة وشفافية الأسواق المالية الذي ألزم كل الفاعلين في هذا القطاع التزاما بالشفافية وذلك بهدف تنشيط المجال المالي والاقتصاد عامة، كما لم يستثنى القطاع العام من هذا الالتزام حيث صدرت قوانين مؤطرة للمنافسة والإشهار والصفقات العمومية¹.

وفي هذا السياق، فالشفافية تساهم في تطوير وتحيين النظرية العامة للعقود²، إذ لم تعد الإرادة المصدر الوحيد للالتزام والآثار الناتجة عنه بل انضافت إليها التزامات جديدة مررها المشرع عبر قواعد أمرة تؤسس لشفافية العقود خاصة تلك التي بين المهنيين والمستهلكين هدفها تحقيق التوازن بين واجب الشفافية وواجب الحفاظ على السر المهني في بعض الحالات الخاصة التي يفرضها القانون. وهو ما رافقه الاجتهاد القضائي الذي تبنى وبشكل موسع الالتزام قبل التعاقد بالإخبار والنصح³. ولم يشذ المشرع المغربي عن قاعدة البحث عن شفافية العقود الاستهلاكية خاصة، حيث كان هذا الهاجس حاضرا بشكل غير مباشر في البعض من القوانين وبشكل مباشر في البعض الآخر، وهوما أسس لحق المستهلك في عقود شفافة واضحة ومتوازنة.

وبما أن مفهوم الشفافية يعتبر مفهوما جديدا في مجال التعاقد الاستهلاكي، فمسألة الوظائف التي يؤديها في مختلف مراحل العقد تطرح بحدّة، وهو ما سنعمل على بيانه من خلال التطرق لتحسين العقد الاستهلاكي (المطلب الأول) ثم تخليقه (المطلب الثاني).

¹ - Nancy VIGNAL, La transparence en droit privé des contrats, approche critique de l'exigence, presses universitaires d'Aix-Marseille, 19989, p.23.

² - A ce propos, V. J. GHESTIN, Traité de droit civil, la formation du contrat, L.G.D.J, Paris, 3^{ème} édition, 1993, p. 162 s, § 182 s.

³ - Jean-François RENUCCI, "L'identité du contractant", RTD. Com, 1993, p. 441.

المطلب الأول: الشفافية كآلية لمواجهة الممارسات التجارية غير النزيهة

من شأن التزام المهني بالشفافية في تعاقدته مع المستهلك تجنب هذا الأخير الوقوع ضحية للممارسات التجارية غير النزيهة، ويتحقق ذلك من خلال احترام ضوابط الإعلان/الإشهار التجاري (الفقرة الثانية)، وقبل ذلك سيكون من الفائدة التعرف على موقف الفقه الإسلامي من الإعلانات الكاذبة (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: موقف الشريعة الإسلامية من الإعلانات الكاذبة

يهدف الإعلان في النظام الإسلامي إلى تحقيق مصلحة الطرفين، حيث أن المعلن يروج لسلعته لبيعها وما يترتب على ذلك من ربح، والمعلن له يتعرف على السلعة وتركيبها ومحل إنتاجها وبيعها وفوائدها. ففي الإعلان إذن مصلحتان: عامة وهي مصلحة المعلن لهم "جمهور المستهلكين"، وخاصة وهي مصلحة المعلن "المنتج أو التاجر". وإذا كان الإعلان على هذا النحو مباحا كما تقدم فقد يصير بالنية قرينة وعبادة، وذلك إذا كان الإعلان عن السلعة والثناء عليها بما هو فيها مما لا يعرفه المشتري من غير إطناب أو مبالغة، وقصد به تعريف إخوته المسلمين بذلك ليرغبوا فيها وتنقضي بها حوائجهم. أما إذا وصف السلعة والثناء عليها بما ليس فيها فهو كذب وتلبيس وتغريير بالمستهلكين¹، وظلم لهم وأكل لأموالهم بالباطل يعزر المعلن عليه بما يزجره، ويعطي للمتضرر حق الفسخ إذا كان إقدامه على العقد بسبب ما ذكره المعلن لسلعته من مزايا وأوصاف² فالدين الإسلامي الحنيف يعتمد في تنظيم العلاقة الفردية والجماعية بين المسلمين وبينهم وبين الغير على أسس التربية الحسنة والوازع الديني ووازع السلطان أي الحماية القانونية. ومن ثم، فالشريعة الإسلامية تؤكد على ضرورة تداول السلع والخدمات في الأسواق بمنأى عن كل تلاعب أو تدليس من شأنهما التأثير على التراضي

¹ - قال الرسول (ص): "المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه يبيع فيه عيب إلا بينه". سنن بن ماجه، حديث رقم 2246.

² - محمد محمد أحمد أبو السبد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004، ص274.

السليم¹. وفي هذا الاتجاه يقول النبي(ص): "عليكم بالصدق فإن الصدق يهدي إلى البر وإن البر يهدي إلى الجنة". فالشريعة أتت بالمبادئ العامة والمجردة، دون أن تدخل في الجزئيات المتغيرة بتغير الزمان والمكان، ولا حرج في الشريعة على المعلن في أن يثني على تجارته ما لم يخالف بذلك مقاصد الشريعة. ويرى جانب من الفقه أنه لكيلا يخالف المعلن هذه المقاصد فهو ملزم بمراعاة الضوابط التالية:

- أن يتحرى الصدق ويتعد عن الكذب².

- الابتعاد عن الغش والخداع لقوله (ص): "من غشنا فليس منا".

- ألا يظهر في الإعلان ما يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية والأخلاق الحميدة.

- ألا يحشر في الإعلان اسما من أسماء الله الحسنى.

- تجنب الطعن في سلع المنافسين³.

- تجنب الإعلان للمحرمات.

نستنتج مما تقدم أن الدعاية والإعلان في النظام الإسلامي تقوم على أساس الصدق في كافة الأساليب المتبعة في توسيع نطاق السوق أمام السلع وترويج المبيعات امتثالاً لأمر الله عز وجل: "يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين"⁴، فتحصين الجمهور من الإعلانات الكاذبة في الشريعة الإسلامية أمانة في عنق السلطات العمومية، مصداقاً لقوله (ص): "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"، وبذلك تكون الدولة ملزمة بالحرص على حماية المستهلك من جميع الوسائل الاحتيالية أو الإعلانات المضللة، وذلك من قبيل سد الذرائع.

¹ - العربي محمد مياد، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي، دراسة مقارنة محينة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2018، ص 224.

² - قال تعالى: "ما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد" (سورة. ق، الآية 18).

³ - قال الرسول (ص): "لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه". رواه البخاري.

⁴ - سورة التوبة، الآية 119.

والخلاصة، أن الصدق صفة لصيقة بالمسلم يجب أن تلازمه في حياته ومماته، ينجم عنها أن الدعاية لسلعة أو خدمة يجب أن تعكس هذا الصدق. فالشريعة لا تحرم على التاجر الثناء على سلعته إما قولاً أو كتابة، شريطة تحري الصدق والنزاهة والشفافية¹.

الفقرة الثانية: الإشهار كوسيلة لإخبار المستهلك

تحرص غالبية التشريعات المعاصرة على تنظيم الإشهار التجاري، وقد عرفه المشرع المغربي في المادة 2 من القانون 77-03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري² كالاتي: "أي شكل من أشكال الخطابات المذاعة أو المتلفزة ولاسيما بواسطة صور أو رسوم أو أشكال من الخطابات المكتوبة أو الصوتية التي يتم بثها بمقابل مالي أو بغيره، الموجهة لإخبار الجمهور أو لاجتذاب اهتمامه إما بهدف الترويج للتزويد بسلع وخدمات، بما فيها تلك المقدمة بتسمية فنتها، في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو تقليدي أو فلاحى أو مهنة حرة وإما للقيام بالترويج التجاري لمقولة عامة أو خاصة. ولا يشمل هذا التعريف العروض المباشرة للعموم من أجل البيع أو الشراء أو تأجير منتجات أو التزويد بخدمات مقابل أجل". وهو نفس التعريف الذي تبناه قرار الوزير المنتدب لدى الوزير الأول المكلف بالشؤون الاقتصادية والعامة القاضي بتحديد كفايات الإشهار وإعلام المستهلك في مجال خدمات المواصلات³، وتعود الحاجة إلى ذلك إلى عاملين:

- 1- أن التجارة لم تعد تقوم على وسائل البيع السلبية، أي انتظار قدوم المشتري بل صار البيع يتم بوسائل أكثر إيجابية عما هو متبع من قبل ذلك. حيث يأتي في مقدمة تلك الوسائل على الإطلاق الإشهار.
- 2- أن الإعلان يمكن أن يكون أداة للمنافسة غير المشروعة، فيكون كاذباً مضللاً يزيّف قواعد المنافسة المشروعة ويضر بالتالي باختيار المستهلك إضافة لقيام المسؤولية التقصيرية عندما تكون المنافسة غير مشروعة.

1 - العربي محمد مباد، م. س، ص 225.

2 - ظهير شريف رقم 1-04-257 صادر في 25 من ذي القعدة 1425 بتنفيذ القانون رقم 77-03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري (ج.ر. بتاريخ 23 ذو الحجة 1425- 3 فبراير 2005).

3 - قرار رقم 649.07 صادر في 16 من ربيع الآخر 1428 (4 ماي 2007) بالجريدة الرسمية عدد 5528.

فالإعلان التجاري يعتبر بصورة عامة من وسائل إعلام المستهلك عن منتج أو خدمة بقصد استمالة المستهلك، على نحو يفترض التكرار المستمر وتسليط الفكرة على المتلقي باستخدام كل ما من شأنه التأثير النفسي من إلهاب الخيال واجتذاب العين وإطراء الأذن. تحقيقا لهدف تنشيط الطلب على المنتجات والخدمات¹.

إذن فالطبيعة النفعية هي ميزة جوهرية في الإشهار التجاري، ذلك أن البحث في توفر هذه الطبيعة في الإشهار التجاري هي مسألة حاسمة، على أساس أن جريمة التضليل الإشهاري ووفق ما استقر عليه موقف التوجيه الأوروبي لسنة 1984 لا تقوم إلا إذا ثبتت نفعية الإشهار². ويتيح الإعلان التجاري للمستهلكين معرفة أفضل وأدق بأنواع السلع والخدمات المطروحة في الأسواق، وكيفية الحصول عليها بأقل جهد وفي أقصر وقت وبأقل نفقات، وإرشادهم إلى كيفية إشباع حاجات خاصة من خلال المنتجات التي لا يعرفون حقائق كافية عنها أو لا يعرفون كيفية إشباعها لحاجاتهم بطريقة اقتصادية³. ويتميز الإشهار التجاري عن غيره من الأنشطة التجارية بجملة من المميزات والشروط جعلت بعض الفقه⁴ يسميها: الالتزام بقانونية الإشهار، مما يجعله التزاما قانونيا على عاتق المعلن أو المهني، وتحتوي هذه المميزات في مضمونها شروطا تضمن مشروعية الإشهار الموجه إلى المستهلك.

وتجد هذه الشروط الملزمة للمعلن مصدرها في النصوص القانونية الوطنية والدولية، حيث يجب عليه مراعاتها في رسائله الإشهارية وإلا أصبح هذا الإشهار كاذبا أو مضللا، وبالتالي فعلا غير مشروع لكونه يلحق ضررا بالمستهلك. ويمكن إجمال هذه الشروط التي تشدد مسؤولية المعلن فيما يلي:

1 - بتول صراوة عبادي، م. س، ص 19.

2 - ومع ذلك هناك من يرجح المفهوم الواسع للإعلان وعدم قصره على الأنشطة التجارية أي عدم الاعتداد بمعيار النفعية، ويبرر ذلك بظاهرة انتشار الإعلانات في مجالات متنوعة كالإعلانات لصالح المؤسسات العامة أو الخاصة أو الجمعيات والأعمال الخيرية والأنشطة الثقافية.

3 - أحمد السعيد الزرقد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 36.

4 - شلبي نبيل، التزامات المهني اتجاه المستهلك، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2008، ص 91.

أولاً- أن يكون الإشهار واضحا ومحددا

لابد للإشهار التجاري أن يتضمن كافة البيانات عن السلعة أو الخدمة المعلن عنها، والتي من شأنها خلق تفكير واع ومتبصر يعمل على تكوين إرادة واعية مستنيرة لدى المستهلك وهو بصدد الإقبال على التعاقد. فيجب أن يكون الإشهار واضحا غير غامض، بحيث يتم تزويد المستهلك بمعلومات واضحة عن المنتج أو الخدمة المعروضة على المستهلك بما يسمح بإعطاء الموافقة على التعاقد عن وعي وإدراك كاملين¹.

وقد أكدت المادة 11 من المدونة الدولية للممارسات المشروعة في مجال الإشهار على شرط الوضوح في الإشهار التجاري بنصها: أن الإشهار يجب أن يكون مميزا بصورة واضحة مهما كان الشكل أو الوسط المستخدم، وعندما يتم إذاعة الإشهار أو نشره في وسائل الإعلام يجب أن يقدم بصورة يظهر منها فورا على أنه إشهار.

وهو ما نص عليه المشرع المغربي في القانون 31-08، حيث أكد في مادته 22 أنه "لا يرخص للإشهار المقارن إلا إذا كان نزيها وصادقا وألا يكون من شأنه إيقاع المستهلك في الغلط"، والمادة 23 التي أوجبت "أن يشير كل إشهار كيفما كان شكله، يمكن استقباله عبر خدمة الاتصالات موجهة للعموم إلى طبيعتها الإشهارية بطريقة واضحة لا تحتمل أي لبس، لا سيما العروض الدعائية كالبيوع بالتخفيض أو الهدايا أو المكافآت وكذا المسابقات الإشهارية من أجل الربح عند تلقيها من طرف المستهلك، كما يجب أن يحدد بوضوح المورد الذي أنجز لصالحه الإشهار". والمادة 24 التي "ألزمت المورد عند القيام بكل إشهار عن طريق البريد الإلكتروني، تقديم معلومات واضحة ومفهومة حول التعرض في المستقبل على تلقي الإشهارات، ومنع تزييف أو إخفاء كل معلومة تمكن من تحديد مصدر الرسالة الموجهة عن طريق البريد الإلكتروني أو مسار إرسالها".

¹ - بن خالد فاتح، م. س، ص 91.

وكذلك المادة 10 من قانون 96-31 المتعلق بالنظام الأساسي لوكالات الأسفار¹، التي ألزمت على كل وكيل أسفار أن ينشر ويوزع باسمه أو باسم المؤسسة المنتجة للخدمة السياحية عددا كافيا من المطويات أو الكتيبات التي تتضمن المعلومات المتعلقة بالسفر والخدمات والاسعار المقترحة عن كل رحلة أو خدمة ذات سعر إجمالي معروضة. وتوجب المادة 11 تقديم معلومات مفصلة حول مضمون الخدمات المقترحة وأسعارها وكيفية التسديد وشروط إبطال العقد وكذا الشروط المتعلقة بعبور الحدود، وذلك قبل توقيع العقد. وتعتبر هذه المعلومات المقدمة ملزمة لوكالة الأسفار ما لم يتم إطلاع الزبناء قبل إبرام العقد على التغييرات التي قد يكون قد أدخلت على مضمونه. ورتب القانون المنظم عقوبات إدارية على الوكالات المخالفة تتدرج من الإنذار إلى التوبيخ ثم الغرامات وأخيرا السحب النهائي للرخصة، وذلك تبعا لجسامة المخالفة المرتكبة².

وقد نص المشرع الفرنسي في القانون المتعلق بوسائل الإعلام السمعية البصرية الصادر سنة 1986 على شرط الوضوح والتحديد في الإشهار التجاري في المادة 43 منه: "الرسائل الإشهارية التي تذاع بواسطة الوسائل المبينة في هذا القانون، يجب أن تكون محددة وخالية من اللبس والغموض"³. وكذلك تنص المادة 20 من القانون الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي الصادر في 21 يونيو 2004 على أن "كل إشهار أيا كان شكله يجب أن يكون واضحا، ويجب أن يوضح فيه كذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتم لصالحه الإشهار". وفي كل الحالات فإن الرسالة الإشهارية يجب أن تكون معرفة ومحددة الهوية بحيث يمنع الإشهار المجهول وغير المعروف.

وهكذا فإن مختلف القوانين الوطنية تتفق على ضرورة وضوح وتحديد الرسالة الإشهارية، وذلك لحماية المستهلك من أي غموض أو نقص قد يستغله المعلنون. فضمانا لسلامة

¹ - ظهير شريف رقم 1.97.64 صادر في 4 شوال 1417 (12 فبراير 1997). ج. ر. عدد 4482 بتاريخ 15 ماي 1997. ص 1162.

² - المادة 24 من القانون 96.31 المتعلق بالنظام الأساسي لوكالات الأسفار. (ج. ر. عدد 4482 بتاريخ 15-05-1997، ص 1162).

³ - القانون الفرنسي رقم 1067/86، المؤرخ في 30/09/1986، المعدل والمتمم بالقانون 669/04 المؤرخ في 09/07/2004، المتعلق بوسائل الإعلام السمعية والبصرية.

الرضا الذي يصدره المستهلك وعدم اعتباره مشوبا بالغلط أو التدليس، بات من الضروري أن يكون الإشهار واضحا في كل تفصيلاته، وبصفة خاصة تلك التي قد تؤثر في قرار المستهلك في الشراء.

ثانيا - أن تكون المعلومات الواردة في الإشهار صادقة

إلى جانب الوضوح، يشترط في الإشهار الصدق في المعلومات الواردة فيه، والصدق هو الإخبار بالشيء على ما هو عليه في الواقع. فإذا كان الإشهار يمرر مجموعة من المعلومات حول سلعة أو خدمة معينة وتتطرق للصفات المميزة للشئ المعلن عنه، فيجب أن تكون تلك المعلومات صادقة، بحيث تكون كل صفة يذكرها المعلن موجودة بالفعل في السلعة أو الخدمة.

ويجب ألا يستعمل الإشهار نتائج بحث أو مقطع مستمد من مؤلف أو مصنف تقني أو علمي بدون حق، ويجب عدم تقديم الإحصاءات بطريقة مبالغ فيها، كما يجب عدم استعمال المصطلحات العلمية لمنح قيمة غير صحيحة للإشهار، وهو ما يطلق عليه أيضا الالتزام بالشفافية¹. وقد ذكر النبي (ص) أن من بين الثلاثة الذين لا ينظر إليهم الله يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم: "المنفق سلخته بالحلف الكاذب"². ويجد هذا الإلتزام أساسه في:

- حماية الثقة التجارية³ في التعامل متمثلة في حسن النية الذي يفترض أن يهيمن على العلاقات العقدية.

1 - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 144.
2 - عن أبي ذر الغفاري عن النبي (ص)، قال: "ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم". قال: فقرأها رسول الله (ص) ثلاث مرات. قال أبو ذر: خابوا وخسروا، من هم يا رسول الله؟ قال: "المسبل والمنان والمنفق سلعته بالحلف الكاذب". رواه مسلم.
3 - فقد روي عن الرسول (ص) أمه قال: "كبرت خيانة أن تحدث أخاك حديثا هو لك به مصدق وأنت له به كاذب". رواه أبو داود.

- أن يكون رضا المستفيد (المستهلك) قائماً على اعتقاد صحيح وخال من عيوب التغيرير¹ والغبن².

- أن يكون هناك توازن متقابل في التزام أطراف العلاقة العقدية.

- تحقيق الشفافية والعدالة والإنصاف لكونها مصدراً عاماً من مصادر الالتزامات التعاقدية.

فإذا كان الإشهار عن ملابس وذكر أنها مصنوعة كلياً من القطن، يجب أن تكون فعلاً كذلك وألا يفاجأ المستهلك بعد الاستلام أنها من البولستر، وإذا كان الإشهار عن سيارة وإذا الإشهار عن سيارة وذكر أن محركها يتوفر على مميزات معينة فيجب أن تكون كذلك. وبالنسبة للخدمات فإذا أعلنت شركة سياحية أنها تنقل المسافرين باستعمال حافلات مكيّفة وأن الإسكان يكون في فنادق خمسة نجوم وأنها تقوم بمزارات لأماكن محددة، يجب أن تقوم بما تضمنه الإشهار من مميزات وشروط تعاقد وخصائص وكيفية استخدام خدمات ما بعد البيع. وهذا ما يطلق عليه بالالتزام بالمطابقة³، بحيث تكون كل معلومة واردة في الإشهار مطابقة للواقع تماماً.

وقد اهتمت مختلف التشريعات بالموضوع، فقد نصت المادة 22 من القانون 08-31 أنه "لا يرخص بالإشهار المقارن إلا إذا كان نزيهاً وصادقاً وألا يكون من شأنه إيقاع المستهلك في الغلط". وكذلك المادة 65 من القانون 03-77 المتعلق بالاتصال السمعي البصري التي جاء فيها أنه "عندما يتضمن الإشهار مقارنة، يجب ألا يكون من شأنها، إيقاع الجمهور في الخطأ

1 - التغيرير في اصطلاح الفقهاء هو: إغراء العاقد وخديعته ليأخذ المعقود عليه وهو يعتقد أنه أخذه بأقل من قيمته أو أن به فوائد كثيرة اشتراه من أجلها بينما الواقع غير ذلك. ونميز فيه بين التغيرير الفعلي والتغيرير القولي. للمزيد حول هذا الموضوع، انظر: محمد أحمد أبو السيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004، ص 258.

2 - الغبن في اصطلاح الفقهاء هو: النقص في الثمن في البيع والشراء. ومعنى النقص هنا، إن كان المغبون هو المشتري، ألا يقابل جزء من الثمن بشيء من المبيع، لزيادة الثمن عن أكثر تقويم للمبيع من أهل الخبرة. وإن كان المغبون هو البائع، فمعناه أن جزءاً من المبيع لا يقابل بشيء من الثمن لنقصه عن أقل تقويم للمقومين. انظر: محمد أحمد أبو السيد أحمد، م. س، ص 245.

عن واثلة بن الأسقع (ض) قال: كان رسول الله (ص) يخرج إلينا، وكنا نحن تجارا وكان يقول، يا معشر التجار إياكم والكذب". رواه الطبراني.

3 - المطابقة هي تعهد البائع بأن يكون المبيع وقت التسليم موافقاً للشروط المتفق عليها في العقد صراحة أو ضمناً، ومحتوياً على المواصفات التي تجعله صالحاً للاستعمال بحسب طبيعته ووفقاً لغرض المشتري، بما يضمن حق الانتفاع به وتوقي أضراره.

عليها أن تحترم مبادئ المنافسة الشريفة. ويجب أن تنصب عناصر المقارنة على وقائع يمكن التحقق منها بموضوعية واختيارها بنزاهة". وكذلك المادة 65 من القانون 13.88 المتعلق بالصحافة والنشر¹ التي منع من خلالها الإشهار الكاذب والتضليلي " يعتبر إشهارا كاذبا أو تضليلا كل إشهار يقدم كتابة أو بالصوت أو بالصورة بطريقة صريحة أو بأي إحياء ضمنى لسلع أو خدمات أو اسم أو علامة أو أنشطة منتج سلع أو مقدم خدمات برامج إذا كان هذا التقديم يتم بطريقة مقصودة وذلك لهدف إشهاري غير معلن عنه ومن شأنه أن يوقع الجمهور في الغلط حول طبيعة العرض ويعتبر التقديم مقصودا إذا كان بمقابل مالي أو غيره".

وأكد المشرع الفرنسي من خلال مرسوم 27 مارس 1992 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك²، في مادته الثالثة على أن " الإشهار يجب أن يخضع لضرورات الصدق والشفافية"³ وفي حالة عدم مراعاة ذلك يواجه المعلن عقوبات جنائية⁴، وبالتالي فالمهني يجب أن يمتنع عن خداع المستهلك واستغلال ثقته أو نقص خبرته.

وكذلك التشريع المصري فقد نص في المادة 6 من قانون حماية المستهلك المصري لسنة 2006 على أن "كل مزود أو معلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه". وكذلك الأمر بالنسبة للمدونة الدولية للممارسات المشروعة في مجال الإشهار التي تنص في مادتها الثالثة على أنه " لا ينبغي أن يبيث إشهار بصفة يتعسف فيها في ثقة المستهلك أو استغلال عدم علمه أو خبرته".

كما اهتم التشريع الجزائري بصدق المعلومات الواردة في الإشهار، حيث جاء في المادة 7 من المشروع التمهيدي لقانون الإشهار أنه "يجب أن يخضع كل نص إشهاري لقواعد الصدق

¹ - ظهير شريف رقم 1.16.122 صادر في 6 ذي القعدة 1437 (10 أغسطس 2016) بتنفيذ القانون رقم 88.13 المتعلق بالصحافة والنشر. ج. ر عدد بتاريخ 11 ذو القعدة 1437 (15 أغسطس 2016). ص 5966.

² - Art 6 du décret français du 27 mars 1992 modifié édicte que : « La publicité doit être conçue dans le respect des intérêts des consommateurs. Toute publicité comportant sous quelque forme que ce soit des allégations indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur les consommateurs est interdite »

³ - Art 3 du décret n 92-280 du 27 Mars 1992 : « La publicité doit être conforme aux exigences de véracité ; de décence et de respect de la dignité de la personne humaine »

⁴ - Art. L 121-1 et suivant du code de la consommation.

واللياقة والنزاهة كم هي محددة في التنظيم"، كما تنص المادة 43 منه أنه " يتعين أن يتسم الإشهار باللياقة والنزاهة والصدق..."، بالإضافة إلى مواد المشروع التمهيدي لقانون الإشهار لسنة 1992، إذ تنص المادة 5 منه في فقرتها الثانية أنه " تمارس النشاطات الإشهارية... طبقا لقواعد الصحة واللياقة...، والمادة 48 منه " يتعين على الإشهار أن يكون لائقا وكاملا وصحيحا..."، وكذلك النصوص الواردة في مشروع قانون الإشهار لسنة 1999، حيث تنص المادة 5 منه "...بالإضافة إلى القواعد الأساسية للأداب والأمانة والصدق...". وهنا نتساءل حول مدى التزام مختلف الوسائل الإشهارية باحترام شرط الصادق في المعلومات التي تمررها في رسائلها الإشهارية؟

ثالثا - أن يشتمل الإشهار على الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة

فالإعلان التجاري أداة من أدوات إحاطة المستهلك بخصائص ومميزات السلعة أو الخدمة هو محل الإشهار التجاري، لذلك يجب أن يتضمن مختلف المعلومات المتعلقة بذلك المنتج أو الخدمة. كالوصف الدقيق والواضح والصادق للمنتجات وأسعارها وشروط الدفع والتسليم ومخاطر النقل والتأمين وشروط الاسترداد وخدمات ما بعد البيع، ونفس الشيء بالنسبة للخدمات حيث يجب بيان مضمونها ومحتواها والمدة التي تتم خلالها ومقابل أدائها¹، مما يجعله قادرا على أن يقدر، سلفا، مدى ملاءمة السلعة أو الخدمة للغرض الذي يتم التعاقد من أجله، الأمر الذي ينطوي على شفافية مسبقة يتحقق له معها نوع من الحماية الوقائية.

وقد نصت على هذا الشرط المادة 21 من قانون 08-31، حيث جاء فيها أنه " يمنع كل إشهار من شأنه أن يوقع في الغلط بأي وجه من الوجوه، إذا كان ذلك يتعلق بواحد أو أكثر من العناصر التالية: حقيقة وجود السلع أو المنتجات أو الخدمات محل الإشهار وطبيعتها وتركيبها ومميزاتها الأساسية ومحتواها من العناصر المفيدة ونوعها ومنشأها وكميتها وطريقة وتاريخ صنعها وخصائصها وسعرها أو تعريفاتها وشروط بيعها وكذا شروط أو نتائج استخدامها

¹ - كوثر سعيد عدنان، م. س، ص 152.

وأسباب أو أساليب البيع أو تقديم الخدمات ونطاق التزامات المعلن وهوية الصانع والباعة والمنعشين ومقدمي الخدمات أو صفتهم أو مؤهلاتهم".

ونشير إلى أن الالتزام بتقديم معلومات هو التزام الذي ينشأ في مرحلة المفاوضات العقدية الذي يفرض على كل طرف فيها أن يعلم أو ينبغي أن يعلم، معلومات تتعلق بمحل العقد وأن يزود الطرف الآخر بها والذي لا يعلم وليس بإمكانه أن يعلم. غير أن الإشكال الذي يطرح في هذا الصدد هو، هل من الممكن اعتبار الإعلان بمثابة الالتزام بتقديم معلومات قبل التعاقد؟

أجاب بعض الفقه عن هذا التساؤل بالنفي، والعلّة في ذلك تعود للاختلاف الجوهرى بين الإثنين. فالإعلان في حقيقته ما هو إلا وسيلة تلجأ إليها المشاريع التجارية بغية تعريف الجمهور بإنتاجها. والصفة الغالبة على المعلومات الواردة فيه هي المبالغة في الإطراء والمدح وبيان صفات المنتج أو الخدمة. والقول إنه مصدر مهم بالنسبة للمستهلك هو أمر مادام هذا الأخير يعتمد عليه في قراره بالتعاقد¹. في حين اتخذ البعض الآخر² موقفا مغايرا، حيث اعتبر أن المستهلك يعاني بشكل كبير من الإعلانات الكاذبة والمضللة، وبالتالي فإن المعلومات الواردة في الإعلان تتسم بالالتزام قبل التعاقد لكونها ضرورية لصدور إرضاء مستتير.

وبالتالى نخلص إلى أن حاجة المستهلك إلى المعرفة أمر ملح وضروري من الناحية القانونية والعملية لكي يكون هذا الأخير على بصيرة تامة بالشئ الذي يرغب باقتنائه، خاصة بعد تغير نمط الحياة وما صاحبها من انفتاح على مشاريع تجارية وصناعية غايتها الربح والكسب عبر زيادة المبيعات، وتخفي وراءها إعلانات ناذرا ما تكون صادقة.

1 - أحمد السعيد الزرقد، م. س، ص 159 و160.

2 - بتول صراوة عبادي، م. س، ص 129.

رابعاً - أن تستعمل اللغة العربية في الإشهار

يعد استعمال اللغة الوطنية أحد رموز السيادة الوطنية، وهو مجسد في مختلف دساتير العالم، ويعد أحد المبادئ العامة في القانون المغربي¹. وبالتالي فاستعمال اللغات الوطنية، (العربية والأمازيغية والحسانية) في الإشهار يرمي دائماً إلى تحسين إعلام الجمهور حول المنتجات والخدمات المعروضة في السوق. ومن جملة النصوص القانونية التي تؤكد على ضرورة استعمال اللغة العربية في الإشهار التجاري نجد:

- المادة 206 من القانون 31-08 تنص على "أن كل عقد حرر بلغة أجنبية يصطحب وجوباً بترجمة إلى العربية.

- المادة 4 من المرسوم رقم 2-01-1016 الصادر في 22 من ربيع الأول 1423 (4 يونيو 2002) بتنظيم شروط عوننة المواد الغذائية وتقديمها²، والتي جاء فيها "إن كل البيانات المثبتة في العنونة المنصوص عليها في المرسوم السالف الذكر يجب أن تكون واضحة باللغة العربية ولغات أخرى عند الاقتضاء مع إمكانية الاختصار المنصوص عليه في القوانين والاتفاقيات الدولية. وتثبت هذه البيانات في مكان واضح من الملصق بطريقة لا يمكن محوها ويسهل قراءتها ولا يجب أن تخفى هذه البيانات أو تحجب بتعليمات أو صور أخرى.

يمكن استثناء بقرار لوزير الفلاحة من عوننة البيانات المثبتة باللغة العربية بعض المواد المستوردة أو الموجهة إلى شريحة خاصة وبعض المشروبات المصنعة محلياً".

¹ - الفصل 5 من الدستور المغربي الصادر في 29 يوليو 2011: "تظل العربية اللغة الرسمية للدولة.

وتعمل الدولة على حمايتها وتطويرها، وتنمية استعمالها.

تعد الأمازيغية أيضاً لغة رسمية للدولة، باعتبارها رصيداً مشتركاً لجميع المغاربة بدون استثناء...

تعمل الدولة على صيانة الحسانية، باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من الهوية الثقافية المغربية الموحدة... وعلى تعلم وإتقان اللغات الأجنبية الأكثر تداولاً في العالم، باعتبارها وسائل للتواصل، والانخراط والتفاعل مع مجتمع المعرفة، والانفتاح على مختلف الثقافات، وعلى حضارة العصر".

² - غيرت وتمت بالمادة الأولى من المرسوم رقم 2-06-226 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1428 (28 يونيو 2007)، ج.ر. عدد 5542، بتاريخ 26 جمادى الآخرة 1428 (12 يوليو 2007).

- المادة 31 من القانون 24-09 المتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات¹ جاء فيها على أنه "تحرر على الأقل باللغة العربية جميع البيانات الموجهة لإخبار المستعملين مثل العنوان والعلامة وطرق الاستعمال والتحذيرات، والتي تعد إجبارية بمقتضى هذا القسم² والنصوص المتخذة لتطبيقه.

- المادة 65 من القانون 77-03 تنص على أنه "يمكن للبرامج السمعية البصرية أن تحتوي على خطابات إشهارية وعلى برامج تستفيد من الرعاية وبرامج التسوق التلفزي. غير أنه يتعين على البرامج الإشهارية أن تبت بالعربية أو بالأمازيغية أو باللهجات المغربية إذا كانت موجهة للجمهور المغربي. غير أنه، يجوز استعمال لغات أخرى إذا كانت الخطابات الإشهارية شبيهة بتلك المذكورة أعلاه أو إذا تبينت صعوبة بث تلك الخطابات بالعربية أو بالأمازيغية أو باللهجات المغربية بسبب المفاهيم التقنية الخاصة التي تحتوي عليها".

- وتجدر الإشارة في هذا السياق أن الفصل 4-65 من ق.ل.ع. الذي ألزم على كل من يقترح، بصفة مهنية أو بطريقة إلكترونية، توريد سلع أو تقديم خدمات، أن يضع رهن إشارة العموم الشروط التعاقدية المطبقة بشكل يمكن من الاحتفاظ بها واستنساخها، وأن يتضمن العرض، علاوة على ذلك، مجموعة من المعطيات منها بيان اللغات المقترحة من أجل إبرام العقد، وأضاف أن كل اقتراح غير متضمن لكافة البيانات المشار إليها في هذا الفصل لا يجوز اعتباره عرضا بل يبقى مجرد إشهار، ولا يلزم صاحبه.

لا خلاف إذن أن القواعد العامة المضمنة في ق.ل.ع لا تخدم مصلحة المستهلك بالشكل الذي يضمن له الشفافية الكافية قبل الإقدام على التعاقد. ومن هنا فالرهان على القواعد الخاصة لتجاوز هذا الفهم الضيق لأهمية بل وخطورة الإشهار كمرحلة حاسمة في تشكيل رضاء المستهلك. وهكذا ولما كانت لغة الإشهار بهذه الأهمية، فإن الدول باختلاف أيديولوجياتها وحتى

¹ - ظهير شريف رقم 1.11.140 صادر في 16 من رمضان 1432 (17 أغسطس 2011) بتنفيذ القانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات وبتميم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود. ج. ر عدد 5980 بتاريخ 23 شوال 1432 (22 سبتمبر 2011)، ص 4678.
² - الباب الخامس: الالتزامات المرتبطة بالالتزام بالسلامة.

الأكثر ليبرالية منها تجعل من استعمال لغتها الوطنية في الإشهار أمراً إلزامياً¹. حيث نجد القانون الفرنسي مثلاً يفرض أن يكون الإشهار التجاري باللغة الفرنسية، وذلك من خلال القانون 94-665 الصادر في 4 غشت 1994 المسمى قانون ²toubon، إلا أنه استثنى التسميات المتعلقة بالمنتجات أو الخدمات أو أسماء الأشخاص المعنوية. وفي حالة الإخلال بهذا القانون فقد فرض المرسوم التنفيذي رقم 94-665 بتاريخ 5 مارس 1995 المتعلق بكيفيات تطبيق القانون المتعلق باستعمال اللغة الفرنسية غرامة مالية عن كل إشهار مخالف للقواعد الموضوعة.

وكذلك الشأن بالنسبة للجزائر، فقد كانت سباقة في هذا المجال من خلال نص المرسوم 74-70 المتعلق بتعريب الإعلانات الخاصة بالإشهار التجاري³ في مادته الأولى "أن الإشهار التجاري الذي يوضع وينشر في التراب الوطني، يجب أن يعبر عنه باللغة الوطنية". وفي مادته الثانية " تطبق أحكام المادة الأولى على اللافتات التجارية والإعلانات ولوحات الدعاية والمنشورات الإشهارية (كالبيانات والكتيبات واليوميات والمذكرات...إلخ) وبصفة عامة كل نص له صبغة الدعاية التجارية يصدر بالكتابة أو الرسوم، وكافة الوسائل السمعية البصرية". واضح إذن ميل المشرع الجزائري إلى توسيع مجال تعريب الإشهار التجاري ليشمل كل الوسائل الإشهارية. وهي الإرادة التي لم نلمسها بعد لدى مشرعنا المغربي.

والملاحظ أنه إذا كان الأصل أن الرسالة الإشهارية تكون باللغة الوطنية كما سبقت الإشارة إليه، إلا أن أغلب التشريعات ومنها المغربية، تسمح للمعلن باستعمال لغة أجنبية في نصه الإشهاري بشرط أن تكون مكتملة للنص العربي، كأن يذكر مثلاً كلمات لا تجد لها مرادفاً ملائماً باللغة العربية مثل Pizza أو علامة تجارية لسلعة ما كـ Nike. لكن كان من الأجدر أن تخضع هذه الاستثناءات لتراخيص مسبقة كما فعل المشرع الجزائري في المادة 19 من

¹ - بن خالد فاتح، م. س، ص 103.

² - المرسوم التنفيذي رقم 74-70 المؤرخ في 03 أبريل 1974 المتضمن تعريب الإعلانات الخاصة بالإشهار التجاري، ج.ر. عدد 29.

القانون 91-05 المتعلق باللغة العربية أنه "يمكن استثناء استعمال لغة أجنبية إلى جانب اللغة العربية عند الضرورة وبعد إذن جهات مختصة".

وقد حددت المادة 43 من المرسوم التنفيذي 91-01 الجهات المختصة بذلك عندما نصت أنه "تثبت البلاغات الإشهارية باللغة العربية غير أنه يمكن الإخلال بهذا الحكم عندما يكون استعمال علامات عبر التراب الوطني، تتضمن ألفاظا وبيانات ضرورية بلغة أجنبية، نوعية كانت أو توضيحية بالنسبة للمنتجات أو الخدمات المعنية، ويمنح المجلس الأعلى للإعلام رخصة بذلك".

المطلب الثاني: الشفافية كآلية لتخليق عقود الاستهلاك

لقد أضحى الفقه الغربي يتجه إلى التحليل القانوني وفق مقاربة ذات بعد أخلاقي، حيث جاء عن الأستاذة Fabre-Magnan في معرض تحليل ما جاء به الفقيه Philippe Jestaz حول ماهية الأخلاق وعلاقتها بالمعاملات المالية: "إن الأخلاق تعتمد لتوجيه السلوك الإنساني بناء على نظام القيم"¹.

ومنه، فمن شأن اعتماد الشفافية كمنهج في مختلف مراحل العقد الاستهلاكي من قبل طرفي العقد وخاصة المهني بحكم أنه يتمتع بالتفوق المادي والتقني والمعرفي إزاء طرف ضعيف يفتقد غالبا إلى المعلومة الدقيقة والصحيحة والمناسبة بخصوص محل تعاقد سلعة كان أم خدمة، أن يساهم في إرساء البعد الأخلاقي في مرحلتي تكوين العقد (الفقرة الأولى)، وتنفيذه (الفقرة الثانية).

¹ - Muriel Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie, L.G.D.J, Paris, 1992, p. 24, n° 31.

- كما عرفها René LE SENNE كما يلي :

« La morale est l'ensemble, plus ou moins systématisé, des déterminations idéales, règles ou fins, que li moi, considéré comme source absolue, sinon totale, de l'avenir, doit par son action actualiser dans l'existence pour qu'elle atteigne à plus de valeur ».

الفقرة الأولى: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

يوجد الالتزام قبل التعاقد بالإعلام أو الالتزام بالتبصير أو الإدلاء بالبيانات في مرحلة التفاوض في كثير من النظم القانونية الوضعية كالقانون الألماني والإيطالي والمصري، ولم يشذ القانون المغربي عن ذلك المبدأ حيث اعتبر السكوت العمدي عن واقعة تدليس، وهو ما يعد إقراراً لفكرة الالتزام بالإعلام سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه.

فالمادة 13¹ من قانون 31.08 تنص عليه بشكل واضح، وهو التزام عام يهم المنتوجات والسلع والخدمات وبالتالي فهو يعتبر حداً أدنى من الشفافية المقررة للمستهلك في هذا المجال، بمعنى أن هذا الالتزام يطبق دون المساس بالمقتضيات الأكثر فائدة للمستهلك كما هو الحال بالنسبة لبعض النصوص الخاصة التي تنص على التزامات إضافية وخاصة بالإعلام منها مثلاً ما نجده في مدونة التأمينات² أو القانون المتعلق بوكالات الأسفار³ أو المواد الغذائية⁴ أو ما نجده في القانون 31.08 نفسه⁵. ويلاحظ من خلال الوسائل⁶ التي عددها المشرع والتي من شأنها ضمان إعلام شفاف قبل التعاقد، تكون موضوعاً على المنتج أو السلعة أو في أماكن عرض المنتج أو تقديم الخدمة، وبالتالي فهي تكون في متناول الجمهور وهو ما يعني ليس

1 - المادة 3 ق. ح. م: "يجب على كل مورد أن يمكن المستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة وكذا مصدر المنتج أو السلعة وتاريخ الصلاحية إن اقتضى الحال، وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكانياته.

ولهذه الغاية، يجب على كل مورد أن يعلم المستهلك بوجه خاص عن طريق وضع العلامة أو العنونة أو الإعلان أو بأي طريقة مناسبة أخرى بأسعار المنتوجات والسلع وبتعريفات الخدمات وطريقة الاستخدام أو دليل الاستعمال ومدة الضمان وشروطه والشروط الخاصة بالبيع أو تقديم الخدمة، وعند الاقتضاء، القيود المحتملة للمسؤولية التعاقدية".

2 - القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.238 بتاريخ 3 أكتوبر 2003. ج. عدد 5054 بتاريخ 7 نونبر 2002، ص 1831.

كما غير وتمم بظهير 19 سبتمبر 2016.

3 - القانون رقم 31.96 المتعلق بالنظام الأساسي لوكالات الأسفار.

44 - القانون 28.07 المتعلق بالسلامة الصحية للمنتجات الغذائية الصادر بتاريخ 11 فبراير 2010. ج. ر عدد 5822 بتاريخ 18 مارس 2010، خاصة الباب الثالث المعنون "بإعلام المستهلك".

5 - المواد 29 و48 و78 و118 ق. ح. م.

6 - وضع علامة، عنونة، إعلان، لصيقة.

ضروريا وجود علاقة تعاقدية مباشرة وفردية مع المهني حتى يكون بالإمكان الحصول على هذه المعلومات الأساسية التي يكون لها دور حاسم في تحديد المستهلك لقراره¹.

وبصيغة أخرى لا يكفي أن يتم إعلام كل مستهلك وبشكل فردي، بل يجب أن يكون بإمكان جميع المستهلكين قبل إبرام العقد وبدون حاجة لأن يسألوا المهني، معرفة المعلومات التي من شأنها أن تؤثر في رضائهم ولا سيما تلك المتعلقة بالميزات الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة والشروط الخاصة بها والسعر أو التعريف التي سوف تطلب منهم²، وبصدد هذا البيان الأخير ونظرا لأهميته في اتخاذ المستهلك لموقفه من الدخول في العملية التعاقدية أو تركها، فقد عملت المادة 5 على تحديده بشكل دقيق دفعا لأي لبس أي غموض يمكن أن يوقع المستهلك في غلط³. ونجد هذا الهاجس لإعلام جمهور المستهلكين قبل الدخول في العملية التعاقدية واضحا أيضا في المادتين 10 و 11 من القانون.

حيث نصت المادة 10 على واجب المهني بإخبار المستهلك بالمدة التي تكون خلالها قطع الغيار والقطع اللازمة لاستخدام المنتجات أو السلع متوفرة بالسوق، وذلك قبل إبرام العقد. أما المادة 11 في ألزمته بأن يسلم نظيرا من الاتفاقات des conventions التي يقترحها بصفة اعتيادية، لكل ذي مصلحة يقدم طلبا بذلك. ولعل الغاية من هذا الإلزام هي تمكين المستهلك من معرفة هذه العقود النموذجية التي ينفرد المهني بتحريرها وما تتضمنه من شروط قبل الالتزام وبعيدا عن أي ضغط نفسي يمكن أن يمارسه عليه هذا المهني ويكون له الوقت الكافي لكي يقارن بينها وبين غيرها من العقود الموجودة في السوق. وهذه الرغبة في إعلام جمهور المستهلكين قبل إبرام العقد، تؤكد أن الغاية من هذه المقترضات ليس فقط ضمان الشفافية

¹ - أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، دراسة تحليلية معمقة في ضوء مستجدات القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2017، ص 69.

² - « La transmission de l'information n'est obligatoire que si elle produit un effet chez le destinataire, ce qui revient à dire que l'information à transmettre doit être pertinente. La pertinence de l'information est une condition d'existence de l'obligation d'information, aussi bien en droit commun qu'en droit bancaire ». in: François BOUCARD, Les obligations d'information et de conseil du banquier, Presses universitaires d'Aix- Marseille, 2002, p. 106.

³ - المادة 5 ق. ح. م: "يجب أن يشمل البيان المتعلق بالسعر أو التعريف التي يكون الإعلام بهما إجباريا تطبيقا للمادة 3 الثمن أو التعريف الإجمالية التي يتعين على المستهلك دفعها بما في ذلك الضريبة على القيمة المضافة وجميع الرسوم التي يلزم المستهلك بأدائها".

بل تحريك وتنشيط المنافسة داخل السوق، وبالتالي فهي تهم في نفس الوقت الشفافية داخل السوق وأيضا شفافية عقود الاستهلاك¹.

كذلك القضاء في عدد من النظم المقارنة قام بتوسيع نطاق المضمون العقدي وفق تفسير لمبدأ حسن النية التعاقدية، بغرض الإلتزام بالإعلام وما يرتبط به من التزامات كالنصح والإرشاد والإخبار والتبصير والمشورة. فالقضاء في النظم الأنجلوسكسونية، اعتبر أن "حسن النية" يشكل مبدأ عاما في كافة العقود ويشكل أساسا سليما وصالحا لتأسيس الإلتزام بالإعلام في التعاقد. لهذا فقد اعتبر القضاء الإنجليزي الإلتزام بالإفصاح معبرا عن الحقائق الجوهرية في العقود، بحيث يشكل ما يعرف بـ "منتهى حسن النية"، وقد شكل ذلك موقفا رائدا في النظم التي تتبنى تطبيق القانون العام Common Law لخدمة الإلتزام بالإفصاح².

فهذا الإلتزام ينفصل عن العقد بحيث ينشأ في المرحلة السابقة على التعاقد أو إبرام العقد حتى ينتج للمستهلك رضاءا حرا يستطيع من خلاله أن يبرم العقد أو أن يرفض إبرامه وكل معطيات التعاقد واضحة أمامه، فهو ليس التزاما عقديا بل التزام مستقل عن العقد ويجب الوفاء به قبل تكوين العقد. وبذلك فإن التزام المتعاقد مع المستهلك بالإعلام قبل التعاقد يختلف عن ذلك الإلتزام العقدي بالإدلاء بالبيانات والمعلومات اللازمة لتنفيذ العقد ولتجنيب المستهلك الأضرار الناجمة عن تنفيذه أو عن الاستمرار في استخدام السلعة والاستفادة من الخدمة³.

وإذا كان الإلتزام العقدي بالإدلاء بالبيانات أو المعلومات ينشأ بمناسبة كل عقد على حدة وفي حدود ما يقتضيه ذلك العقد، فإن الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام هو التزام عام في شأن كل عقود الاستهلاك، ويهدف إلى تنوير رضاء المستهلك مما يجعل سلامة وصحة الرضاء أساس

¹ - أبو بكر مهم، م. س، ص 71 و 72.

² - علي فيصل علي الصديقي، م. س، ص 183.

³ - Philippe DELEBECQUE, La formation de la vente entre professionnel et consommateur, in : Revue de jurisprudence commerciale (ancien journal des agrées), n° spécial : La vente éclatée, la diversité des régimes juridiques dans les ventes de marchandises, Colloque de DEAUVILLE, organisé les 7 et 8 juin 1997 par l'Association Droit et Commerce p. 21- 38.

وجوده¹. لكن ماهي مبررات إلزام المهني بالإعلام؟ وما نطاق هذا الالتزام؟ وما المسؤولية الناتجة عن الإخلال به؟

أولاً - مبررات هذا الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام

غياب التكافؤ بين طرفي عقود الاستهلاك من حيث العلم والدراية، جعل من الحيف القول بأن العقد شريعتهم، الأمر الذي أفضى إلى ضرورة فرض الالتزام بالإعلام قبل تعاقدى كمكمل لعيوب الرضا وبغية إرساء المساواة والتوازن المفقودين.

أ - الالتزام بالإعلام قبل التعاقدى كمكمل لعيوب الرضا

يعرف العقد عادة بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، وأن الإرادة قوام العقد ومنشئة الالتزام، غير أن تواجدها غير كاف لقيام هذا العقد ما لم تأت صحيحة وخالية من العيوب وصادرة عن ذي أهلية. وقد عدد قانون الالتزامات والعقود عيوب الرضى وحددها في الغلط، التدليس، الإكراه، الغبن، ورتب الإبطال مع تحقق بعض الشروط، يضاف إليها طبقاً للمادة 59 من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك السالف الذكر، الاستغلال بسبب الضعف أو جهل المستهلك، غير أنه بالنسبة للعيوب الأخير، فإن المشرع رتب البطلان بقوة القانون عوضاً عن الإبطال، لكن هذا المقتضى لا يهم إلا المستهلك دون غيره من المتعاقدين. والنتيجة أن المتضرر ملزم، من أجل الوصول إلى إبطال العقد، أن تكون إرادته معيبة وأن عيب الإرادة هو الدافع إلى التعاقد، ويبقى للمحكمة السلطة التقديرية لتصديق المدعي من عدمه ولا معقب لمحكمة النقض عليها إلا من حيث التعليل. ولهذه الأسباب، كان من الأجدى الاستعانة بنظرية الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد المحتمل بما يضمنه من تنوير وتبصير لرضى المتعاقد عامة².

¹ - بعض الفقه أشار إلى صعوبة التمييز بين هذين الالتزامين، ف جاك غيستان يقول أن: "الحدود الفاصلة بين هذين الالتزامين لا يمكن رسمها بوضوح، إن لم يكن هذا التحديد مستحيلاً".

² - العربي محمد مباد، م. س، ص 249.

ب - ضمان التوازن المعرفي بين المتعاقدين المحتملين

تقريب طرفي عقد الاستهلاك معرفيا يعد من الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الالتزام قبل التعاقد بالإعلام¹، خاصة في ظل التقدم الصناعي والتكنولوجي وظهور المخترعات الحديثة والآلات المعقدة مما جعل المستهلك ينصرف عن التفاصيل الفنية ودقائق السلع المعروضة. باختلال المعرفة لصالح الحرفي والمهني يجعل المستهلك حين يقدم على التعاقد يفتقر حتما إلى التنوير بخصوص محل العقد. وعليه، فالفقه والقضاء في فرنسا يتجهان إلى أن البائع المحترف ليس ملزما فقط بذكر البيانات العادية الخاصة بالمبيع، بل إنه ملتزم بإزالة الشك حول استخدام الجهاز الفني أو المنزلي إذا ما كان شكل الجهاز يختلط مع أجهزة أخرى مخصصة لأغراض مخلفة². وما لبث الأمر أن شمل هذا الالتزام حتى العلاقة بين المهنيين فيما بينهم متى كان موضوع العقد من التقنية ما لا يمكن للمهني المشتري أو لمستعمل الشيء الإحاطة به أو اكتشافه.

ج - إعادة التوازن إلى العقد

يلعب الإعلام قبل التعاقد دورا هاما في حماية رضاء المستهلك الذي لا يتمكن بسبب مركزه العقدي الضعيف من الوصول إليها³. وينظر إلى هذه الحماية أحيانا على أنها تطبيق من تطبيقات الحماية المقررة للطرف المذعن في عقود الإذعان. وبغض النظر عن هذا التشبيه، فعقود الاستهلاك في حد ذاتها تمثل مجموعة مميزة داخل النظام القانوني، وتقتضي مراعاة شفائيتها من خلال فرض الالتزام بالإعلام على المتعاقد معه سواء كانت عقود إذعان أم لا. ذلك لأن التعاقد دون تمكين المستهلك من المعلومات سيوجه إرادته إلى غير ما يقصده⁴. وبهذا، فالالتزام قبل التعاقد في هذه الحالات لا يؤدي فقط إلى تنوير رضى المتعاقد ولكن كذلك يظهر الجدوى من إبرام العقد⁵. وقد اعتبر القضاء الفرنسي أن بائع أدوات المعلومات matériel

1 - السيد محمد السي عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1986، ص 80.

2 - حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 22.

3 - المادة 3 ق. ح. م.

4 - عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2007، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 374.

5 - Jaques Ghestin, Droit civil, la formation du contrat, 3^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, 1993, p. 615.

informatique مسؤول تجاه المشتري عن شراء أدوات غير متطابقة مع حاجيات هذا الأخير¹.

وعلى هذا الأساس، فإن بعض التشريعات المتشعبة بفلسفة سلطان الإرادة كالنشرية الفرنسي والمغربي، تجاوزت الحدود المرسومة في مدونة نابليون إلى الرغبة في إدخال مبادئ جديدة متمثلة في التشاور والتشارك في إنجاز العقد، وهذا التزام شامل يقع على عاتق المحترف لفائدة جميع الزبناء المحتملين. فضلا عن الالتزام الخاص تجاه المتعاقد².

ثانيا - نطاق الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام

قد يتبادر للوهلة الأولى أن نظريتي عيوب الإرادة وضمان العيوب الخفية تكفلان قدرا من الشفافية مما يغني عن فرض الإلتزام بالإعلام، تأسيسا على أن المستهلك الذي تعرض للغلط أو التغيرير يمكن أن يطلب إبطال العقد بحجة أن المهني لم يزوده عمدا بمعلومات تعد مؤثرة في رضائه.

ورغم وجاهة هذا الرأي إلا أن تقرير الإلتزام بالإعلام يسهم في ضمان قدر مهم من الشفافية للمستهلك يصعب توفيرها له من خلال النظريات التقليدية لصعوبة إثبات شروطها من حيث أقدمية العيب وجسامته وكونه مؤثرا وخفيا كما في نظرية العيوب الخفية، في حين يكفي الدائن أن يثبت إخلال المدين بالتزامه بالإعلام عن البيانات الأساسية للشئ محل التعاقد، وإن كان إهمالا، حتى تترتب مسؤوليته. بعبارة أخرى، أنه يمكن محاسبة المهني ولو لم تتحقق شروط الغلط أو التغيرير أو العيوب الخفية. فضلا على أن تلك النظريات التقليدية تنصب على إبرام العقد وليس قبله، بمعنى أن الإلتزام بالإفصاح في مرحلة المفاوضات السابقة عن العقد يؤدي دورا وقائيا يترتب على الوفاء به استقرار المراكز القانونية التي ستتكون عند إبرام العقد³.

¹ - C A. Versailles, 3 juin. 1987, Dalloz, 1987, p.87.

² - العربي محمد مياد، م. س، ص 251.

³ - خالد جمال أحمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 338.

يتبين إذن أن نطاق الالتزام بالإعلام أوسع وأبعد مدى من النظام القانوني لضمان العيب أو نظرية عيوب الإرادة، وهو ما يظهر بوضوح في الحالات التي يتعين فيها على البائع أن يفصح للمشتري عن أمور خارجة عن عيوب الشيء ومن غير أن يرتكب غشاً، كما هو الحال في التبصير بطريقة الاستعمال أو بالمخاطر أو الأعراض الجانبية التي قد تنتج نتيجة استعمال الشيء نفسه. وتطبيقاً لذلك، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا كان استعمال المادة اللاصقة من شأنه أن يؤدي إلى تصاعد أبخرة سريعة الاشتعال، فإن المنتج الذي لا ينبه المشتري بطريقة واضحة إلى ضرورة تهوية الأماكن التي تستعمل فيها تلك المادة، يكون مسؤولاً عن مصرعه وإصابة ابنه نتيجة لاندلاع النار على إثر قيام هذا الأخير بإشعال عود ثقاب في الغرفة المجاورة ولا يعفيه من المسؤولية أن يكون كتب على العبوة عبارة "مادة قابلة للاشتعال"¹.

ففرض هذا الالتزام لا يبقى على أي عذر للمدين بالالتزام بالإعلام للاحتجاج بأنه كان جاهلاً بالمعلومات والبيانات الجوهرية ليتحلل من مسؤوليته تجاه الدائن به، وخاصة فيما لو كان المدين بالالتزام مهنيًا، وذلك استناداً إلى القرينة القاطعة التي أقامها القضاء مؤداها افتراض علم المهني بالمعلومات الجوهرية التي تدخل في نطاق تخصصه بحكم مهنته، فبمجرد الامتناع البسيط أو المجرد من قبل المهني عن الإعلام بالمعلومات يعد على أنه سيء النية ومن ثم لا يحتاج المستهلك أن يكلف بإثبات أي خطأ من جانب المهني لترتب مسؤوليته. وبالتالي فالطريق الذي يتعين أن يسلكه الدائن بالالتزام بالإعلام توصلًا لإبطال العقد أو طلب التعويض بدعوى عدم العلم الكافي بمحل العقد، يكون عن طريق الإخلال بالالتزام بالإعلام وليس عن طريق الغلط أو الدفع بالغش.

إلا أنه يلاحظ أن المحاكم إجمالاً تتشدد في إقامة المسؤولية على عاتق من أخل بالتزامه بتقديم المعلومات بدعوى أن سهولة قبول دعاوى الإبطال أو طلب التعويض نتيجة لكتم المعلومات مجرداً من أي نية يؤدي إلى الاضطراب وعدم استقرار المعاملات². إلا أن اشتراط التعمد أو النية السيئة، في معظم الأحوال، من قبل المحاكم لترتب المسؤولية المدنية على عاتق

¹ - Cass 1^{re} civ. 31 Jan. 1973. Bull. Civ. I. No. 40. P 36 et 37.

² - خالد جمال أحمد، م. س، ص 462.

المخل بهذا الالتزام بالإعلام يقلل من حكمة فرضه، خاصة إذا ما سلمنا بأن المدين بالالتزام بالإفصاح غالبا ما قد يتخذها ذريعة لارتكاب الغش والتضليل والذي يكون إما سلبا أو إيجابا. فالغش ذو الطابع السلبي يتحقق في كافة الحالات التي يكتم فيها المهني البيانات والمعلومات رغم علمه بها وبمدى أهميتها بالنسبة للمستهلك لما لها من تأثير على قراره بالإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه. ويستوي أن يكون الكتمان كليا أو جزئيا. أما الغش ذو الطابع الإيجابي فيتحقق عن طريق تقديم بيانات غير حقيقية ومعلومات كاذبة إلى المستهلك حول مدى ملاءمة العملية المطروحة فنيا وماليا كأن يستغل عدم تخصص المستهلك ليزج به في عقد لا يناسبه¹.

وتجدر الإشارة إلى أن مضمون الالتزام بالإعلام لا يقتصر فقط على البيانات والمعلومات التي يعلمها المهني فحسب، وإنما يشمل أيضا المعلومات والبيانات التي كان من المفروض حتما أن يعلمها. أي أن المهني يقع عليه التزاما تبعا أو مكملا للالتزام الرئيسي وهو الالتزام بالاستعلام والتحري عن هذه البيانات حتى يمكن الإفضاء بها للمستهلك، وهو ما يسمى بالالتزام بالاستعلام من أجل الإعلام. ومن جهة أخرى فالغاية من فرض الالتزام بالإعلام تكمن في القضاء على عدم التوازن بين المهني والمستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد.

لكن بعض الفقه² يذهب إلى أنه لا يمكن إلزام المهني بالإفضاء ببيانات ومعلومات للمستهلك كان بإمكان هذا الأخير أن يتبينها بنفسه أو أن يعرفها بوسائله الخاصة، وغلا اعتبر مقصرا ولا يلوم إلا نفسه فالقانون لا يحمي المغفلين الساهين عن مصالحهم، فمبادئ العدالة ومنطق القانون يقتضيان إلزام المستهلك أيضا بالالتزام بالاستعلام الذي يتفرع عن الالتزام العام الملقى على عاتق كل فرد بالحرص والسهر على رعاية مصالحه قدر الإمكان ودون الاعتماد في ذلك على الآخرين.

لكننا لا نشاطر هذا الاتجاه الفقهي تفسيره هذا، نظرا لكون هذا المنطق الذي يعيدنا إلى الفهم المتجاوز لمبدأ سلطان الإرادة والذي يفترض أن كل طرف يجب أن يدافع عن مصالحه الخاصة بطرقه الخاصة. فالواقع العملي يفصح مدى الضعف المعرفي والفني الذي يعانيه

1 - هلاير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، بيروت، 2011، الطبعة الأولى، ص 156 وما يليها.

2 - خالد جمال أحمد، م. س، ص 297.

المستهلك إزاء التنوع الكبير للسلع والخدمات المعروضة في السوق. إضافة إلى الأمية والجهل بدرجاته المتفشي في المجتمع الذي يجعل المستهلك جاهلاً بحقيقة محل العقد حتى وإن بادر بالاستعلام وتلقى فعلاً هذه المعلومات. كما أن التبرير الذي أورده هذا الفقه لا يتماشى والاتجاه الحمائي لمختلف التشريعات المعاصرة حيث تسعى لحماية المستهلك وضمان شفافية العقود التي يقدم على توقيعها.

الفقرة الثانية: الالتزام بالاستقامة¹

يتمثل هذا الالتزام في حظر استعمال المتعاقدين لطرق التدليس المختلفة عند إبرام العقد، وحسن تنظيم المتعاقدين لتطور المفاوضات بينهما، والأهم عدم استعمال أحد أطراف العقد لوسائل الضغط على المتعاقد الآخر لإبرام العقد². فسلامة العقد رهينة بسلامة المرحلة السابقة للعقد، وأحد مقومات هذه السلامة المحافظة على الثقة المتبادلة بين المهنيين والمستهلكين في التعامل. لأن العقد الاستهلاكي وسيلة مدنية لتحقيق منافع متبادلة لا يجوز أن تتحقق إلا بالاستناد إلى دعائم أخلاقية شريفة.

وأبرز مقومات الالتزام بالاستقامة هي الشفافية في التعامل، ولا يخفى التأثير الإيجابي الذي يخلقه هذا العامل من حيث خلق الانطباع الصادق والسليم والاطمئنان بين الأطراف المتفاوضة فيما أفصحت عنه الإرادة بأن ظاهرها يطابق باطنها، فإذا ما تحققت كان للمفاوض أن يتخذ قراره عن دراية ووعي بكل الجوانب المتعلقة بالتفاوض. وفي الحقيقة أن واجب الاستقامة كأحد الالتزامات المنبثقة عن الالتزام بمبدأ حسن النية يتجسد في صور عديدة ومتنوعة، وفي الوقت نفسه، تمثل صورة منه التزاماً مستقلاً بحد ذاته، وكلها تصب عملياً في الالتزام بالاستقامة. وبصيغة أخرى، فواجب الاستقامة في المرحلة السابقة لإبرام العقد تنضوي في طياته العديد من الالتزامات التي يفترض على المفاوض مراعاتها لكي يوصف بأنه قد استقام، وهي كالتالي:

1 - الاستقامة، النزاهة، الشرف، حسن النية... هي اصطلاحات مترادفة تقريباً.

2 - سحر البكباشي، م. س، ص 418.

أولاً- الالتزام بالاعتدال والجدية في التفاوض

يقصد بالاعتدال، ألا يطرح المتفاوض ما هو مؤكد الرفض من المقترحات حالاً أو مآلاً، حيث لن يكون ذلك إلا تأخيراً لعملية التعاقد أو دفعا للآخر لصرف النظر عنها كلية. فلا مجال إذن لطرح المقترحات غير المفيدة وإلا اعتبر من طرحها منتهكاً للالتزام بالاعتدال في التفاوض. ويقتضي الاعتدال في التفاوض أيضاً الجدية من الطرفين في التفاوض، فلا يكفي أن يعرض أحدهما المعتدل الجاد من المقترحات بل يتعين ألا يرفض الآخر ما عرض عليه ما دام عرضاً معتدلاً وجاداً ومنطقياً. وعدم الجدية هو عدم وجود نية حقيقية – سوء نية – لدى أحد الطرفين عند بدء المفاوضات، حيث إن الشخص يجعل التفاوض وسيلة للخداع والمناورات. ولتفادي هذه الإشكالات، أوجد المشرع المغربي في ظل التعديل الأخير للقانون المنظم للعقار في طور الإنجاز 107-12¹، آلية تكرر الجدية والاستقامة في المادة العقارية، ويتعلق الأمر "بعقد التخصيص"، حيث جاء في الفصل 3-618 مكرر مرتين: "يمكن للبائع والمشتري قبل تحرير العقد الابتدائي إبرام عقد تخصيص من أجل اقتناء عقار في طور الإنجاز يحزر إما في محرر رسمي أو محرر عرفي ثابت التاريخ وفقاً للشكل المتفق عليه من الأطراف". فهذا العقد يشكل بداية تكوين الالتزام بالجدية والاستقامة بين كل من البائع ومشتري العقار في طور الإنجاز. لكن في حالة عدم تكوين هذا الالتزام، فإن المشرع منح للمشتري التراجع عن عقد التخصيص داخل أجل لا يتعدى شهراً واحداً ابتداءً من تاريخ إبرام العقد².

أما فكرة الإخلال بالثقة المشروعة في جدية التفاوض فتشترط صدور خطأ جسيم، كأن يكون مقروناً بغش، وذلك فيما بين التجار أو المهنيين أنفسهم لترتب المسؤولية بعدم الالتزام بالاعتدال والجدية في التفاوض، أما فيما بين المهني والمستهلك فيكتفي بمجرد ثبوت قطع المفاوضات، مثلاً، بدون مسوغ مشروع من دون أن يقترن ذلك العدول بغش أو خطأ جسيم، وذلك تخليقاً لهذه المرحلة الممهدة للتعاقد.

¹ - ظهير شريف رقم 1.16.05 صادر في 23 ربيع الأول 1437 (3 فبراير 2016) بتنفيذ القانون رقم 107-12 بتغيير وتنظيم القانون 44.00 بشأن العقارات في طور الإنجاز المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود. ج. ر عدد 6440 بتاريخ 9 جمادى الأولى 1437 (18 فبراير 2016).

² - سارة عبد الصمد، تأويل العقود العقارية في التشريع المغربي، دراسة قانونية قضائية مقارنة، مطبعة الأمنية، الرباط، 2021، ص 207.

وفي ضوء ما تقدم، نرى أن الإخلال بالالتزام بالاعتدال أو الجدية في التفاوض بوجه عام، يعد من قبيل الغش والخداع. إذ أن المتفاوض المخل يستخدم طريقة مشروعة التي هي التفاوض كوسيلة لتضليل الطرف الآخر لتحقيق أغراضه غير المشروعة. وهو ما استلزم ترتيب مسؤولية مدنية شديدة على عاتق المخل بالتزامه لم يمثله سلوكه من إهدار للثقة المشروعة التي تولدت لدى المتفاوض المقابل في جدية المفاوضات. ويلاحظ أن أغلب القوانين المدنية تخلو من الإشارة إلى التزام الجدية في التفاوض، إلا أنه يمكن اللجوء إلى القواعد العامة لمواجهة هذا النقص¹.

ثانيا - الالتزام بالتعاون

يرى الفقه الغربي أنه قد حان الوقت للبحث عن فكر جديد لدراسة النظرية العامة للعقد، من خلال الأخذ بمفاهيم حديثة تشكل اللبنة الأساس للنظرية المستحدثة للعقد²، وعلى سبيل المثال "التضامن العقدي". ويجمع على أن فكرة التعاون يتم تحديدها عن طريق الجزم والتأكيد على مبدأ الأمانة والتضامن وحسن النية، واعتبارها الأسس الجوهرية في قانون العقد من أجل خلق نوع من التعاون الإيجابي بين المتعاقدين³.

فالالتزام بالتضامن/ التعاون يفرضه مبدأ حسن النية عند إبرام العقود⁴، فهو بالتالي التزام مفروض ضمنا دون حاجة إلى النص عليه صراحة، ويظل هذا الالتزام قائما طيلة مرحلة المفاوضات. فعقود الاستهلاك تقوم على التعاون والثقة المتبادلة بين أطرافها، إلا أنه عادة لا يتم النص الصريح، كتابة أو شفويا، على الالتزام بالتعاون والمساعدة المتبادلة، بل يفترض وجوده ضمنا، وبناء عليه يلتزم الأطراف بالتعاون طيلة مرحلة المفاوضات بما يكفل الوصول إلى نتيجة مرضية، سواء بانعقاد العقد المتفاوض عليه أو عدم انعقاده⁵. حيث يلزم الأطراف في مرحلة التفاوض بالتعاون فيما بينهم، وهو التزام جوهرى يقع على عاتق كل طرف، وبصفة

1 - هلدبر أسعد أحمد، م. س، ص 168.

2 - Anne-Sylvie Coudrier-Cuisinier, Le solidarisme contractuel, éd. LexisNexis, collection LITEC JURIS-CLA, Volume 27, 2006, p. 23, n°38.

3 - التضامن العقدي مستوحى من النظرية التضامنية في علم الاجتماع، ومصطلح solidarisme مستوحى من العلوم السياسية. للمزيد، انظر: سارة عبد الصمد، م. س، ص 104-105.

4 - الفصل 231 ق. ل. ع: "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية..."

5 - وفاء حلمي أبو جميل، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، 1993، ص 23.

خاصة على المهني أو المحترف الذي يجب عليه توجيه المستهلك إلى مقدار التناسب بين السلعة أو الخدمة التي يقدمها ومقار احتياج المستهلك لها، وبيان خصائص وعيوب المنتج أو الخدمة وفحص الآراء والأفكار التي يقدمها كل متعاقد للآخر والقيام بدراساتها وإبداء الرأي فيها أولاً بأول في كل مرحلة من مراحل التفاوض. إذا قام المهني بهذه التوجيهات فقد أدى واجبه بالتعاون اللازم لإبرام العقد¹.

أما بخصوص مضمون الالتزام بالتعاون فهو ليس مستقلاً عن الالتزامات الأخرى بل يتجسد في الوفاء بكل الالتزامات الأخرى كالالتزام بالجدية والحفاظ على الأسرار وعدم قطع المفاوضات. أي أنه يتجلى في صور عديدة كالحضور للتفاوض في المواعيد المحددة وعدم التراخي والإصرار على الوصول إلى عقد يراعي الانتظارات المشروعة للطرفين. ففي عقد التأمين مثلاً يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد، وأن يبذل ما في وسعة للتخفيف من الضرر المؤمن عليه إذا وقع. كما على المشتري أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع في وقت ملائم، وإذا كشف عيباً في المبيع أن يخطر البائع في مدة معقولة². وفي عقد الرحلة أيضاً، يشكل الالتزام بمساعدة ومشورة المستهلك الخدمات السياحية ضماناً مكتملاً لحسن تنفيذ العقد السياحي³، على اعتبار أن الالتزام بتنفيذ هذا العقد يخفف من الأضرار التي قد تلحق بالمستهلك السائح والناجمة عن التمييز الذي ينفرد به مورد العقد السياحي نظراً لاحتكاره للمعرفة الفنية والاقتصادية للعقد لكونه مفهوماً واسعاً يشمل مجموعة من الالتزامات، ويبقى الالتزام بالمساعدة والمشورة بمثابة ضمان إضافي.

ويبرز الالتزام بالتعاون في مرحلة إبرام العقد وتنفيذها أيضاً، حيث نجد أن بعض العقود يتطلب تدخلاً شخصياً لإتمامه وهذا ما يستلزم بطبيعة الحال تعاوناً جدياً بين الأطراف، كما في إتمام الشكلية في العقود التي تتطلب توافرها لانعقادها كعقود القروض مثلاً، والتي خصها المشرع المغربي بتدقيق كبير لضمان مصالح المستهلك لخدمة القرض سواء الاستهلاكي أو

1 - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 306.

2 - علي فيصل علي الصديقي، م. س، ص 188.

3 - عبد الرحمان الشرقاوي، العقد السياحي، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، 2012، ص 213.

العقاري¹، إذ إن الالتزام بالاستقامة يقتضي من الطرفين التزام التعاون على إفراغ الاتفاق في الشكل القانوني المطلوب.

ثالثاً - الالتزام بالنصح

يعتبر واجب النصح من أهم الواجبات التي ألقها جل التشريعات على عاتق المهني الذي يقدم سلعا أو خدمات للمستهلكين (2)، وقبل ذلك ديننا الحنيف (1).

1 - تعريف واجب إسداء النصح عند فقهاء الإسلام

قال عمرو بن الصلاح² رحمه الله: النصيحة كلمة جامعة تتضمن قيام الناصح للمنصوح له بوجوه الخير إرادة وفعلا، فنجد أنه جمع بين الإرادة والفعل، وقال الجرجاني: النصح إخلاص العمل عن شوائب الفساد، والنصيحة هي: الدعاء إلى ما فيه الصلاح والنهي عما فيه الفساد، ويقول القرطبي: النصح إخلاص العمل من الغش ومنه التوبة النصوح، وقال نفطويه³: نصح الشيء إذا خلص ونصح له القول إذا أخلص له⁴. وعليه يمكن أن نجمل كل هذه التعريفات في أن النصح "كلمة أو فعل يراد به صلاح المنصوح وإرادة الخير له".

والأصل في النصيحة الوجوب لقوله تعالى "وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان"⁵، وفي الحديث الشريف، عن أنس بن مالك عن النبي (ص) قال: "لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه". كما قال الرسول (ص): "الدين النصيحة، قيل لمن يا رسول الله؟ قال لله ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم"⁶، وعن جرير بن عبد الله البجلي

¹ - المواد من 856 إلى 577 من ق. ل. ع، والمواد من 74 إلى 111 (القرض الاستهلاكي) ومن المادة 112 إلى 147 (القرض العقاري) ق. ح. م.

² - عثمان بن عبد الرحمن بن عثمان بن موسى الكردي الشهرزوري تقي الدين أبي عمرو، المعروف بابن الصلاح، أحد علماء الحديث الشافعيين الأكراد ومفتي الشام ومحدثها، (1181-1245م).

³ - أبو عبد الله إبراهيم بن محمد بن عرفة العتكي الأزدي، إمام حافظ من أئمة النحو، فقيه ظاهري. (885 - 935 م).

⁴ - رضوان بدلاوي، واجب إسداء النصح في المهن القانونية، العدول والموثقين نموذجا، دراسة على ضوء العمل القضائي المغربي والمقارن، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2018، ص 28.

⁵ - الآية 2 من سورة المائدة.

⁶ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان أن الدين النصيحة، رقم الحديث 55، ج 1، ص: 74.

(ض) قال: "بايعت النبي (ص) على إقام الصلاة وإيتاء الزكاة والنصح لكل مسلم"¹. وقال ابن بطل: وأما نصيحة العامة بعضهم لبعض، فواجب على البائع أن ينصح للمشتري فيما يبيعه، وعلى الوكيل والشريك والخازن أن ينصح لأخيه، ولا يجب له إلا ما يجب لنفسه"². ولذلك ينبغي بذل النصيحة لكل من يحتاجها، فهي جملة الأمانة التي ينبغي أن يؤديها المسلم لأخيه المسلم، بل إننا نجد في البيان النبوي الذي أسلفنا ذكره ما يؤكد عظم مكانة النصيحة في الدين، فهي عماده ومقوم أساسي من مقوماته³.

2 - تعريف واجب⁴ النصح عند فقهاء القانون

معروف أن التعاريف هي من اختصاص الفقه⁵ وليست من اختصاص المشرع، لذلك لا غرابة أن نجد أن المشرع المغربي أغفل تعريف واجب إسداء النصح بمقتضى نص صريح. لكن الإشكال الذي يطرح في هذا السياق هو حول الفرق بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالنصيحة؟

يصعب التمييز من الناحية العملية بين الالتزام بالإعلام والالتزام بتقديم النصيحة، غير أن هناك فرقا بينهما من الناحية المنطقية، ويتجسد هذا الفرق في المحل أولا، فإذا كان الالتزام بالإعلام يتمثل في تقديم المعلومات للدائن بها، فإن الالتزام بتقديم النصيحة يشتمل على تقييم

¹ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان أن الدين النصيحة، رقم الحديث 56، ج 1، ص: 75.

² - ابن بطل، شرح صحيح البخاري، تحقيق أبوتميم ياسر إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة 2، 2033، ص131.

³ - رضوان بدلاوي، مرجع سابق، ص 29.

- مينة الحوجي، حق المستهلك في التبصير والإعلام بين الفقه الإسلامي وقانون حماية المستهلك المغربي رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مقال ضمن مؤلف جماعي بعنوان: "حماية المستهلك بين النصوص القانونية والعمل القضائي"، منشورات المركز الوطني للبحث القانوني، الطبعة 1، 2022، ص 13-35.

⁴ - بعض الفقه يميز بين الالتزام بالنصح وواجب النصح، فاعتبر بأن الالتزام تعبير قانوني لا يتلاءم وفكرة النصيحة ذات الصبغة المعنوية الخالصة، علاوة على أن فكرة النصيحة هي فكرة فضفاضة ومرنة وغير محددة، بحيث لا يتلاءم معها كل ما يعتبر من قبيل الالتزامات.

- انظر: سحر البكاشي، دور القاضي في تكميل العقد، دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية/ مصر، 2008، ص 350.

ونعتقد أن كلا المفهومين صائبين، وذلك لوحدة غايتيهما المتمثلة في بناء شفافية العقد والثقة بين المتعاقدين وبالتالي ضمان الفعالية العقدية، خاصة في المعاملات المنصبة على العقار، حيث يصبح هذا النصح من باب الواجب والالتزام في آن واحد.

⁵ - عرفته سحر صلاح الدين صبري الكباشي أنه: "الالتزام المتعاقد المحترف بتقديم الاستشارات والنصح وفقا للأسس الثابتة والمقررة في الحرفة التي يمكن أن يمتنها، على أن يكون من شأن هذه الاستشارة توجيه المتعاقد الآخر في اتخاذ قراره النهائي بصدد المسألة محل الاستشارة".

للمزيد حول هذه التعاريف الفقهية انظر: رضوان بدلاوي، مرجع سابق، ص 30.

المنافع المتوخاة من العقد، بمعنى أن أحد أطراف العقد (المهني) يبين للطرف الآخر (المستهلك) نتائج العقد وفيما إذا كانت تمثل مصلحة جدية بإبرامه.

كما يختلفان من حيث مصدرهما ثانياً، ذلك أن العقد يشتمل على تقديم النصيحة بناءً على أنه لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه بل بما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة، في حين أن الالتزام بالإعلام ليس من قبيل مستلزمات العقد¹. لكن لماذا يتحمل المهني الالتزام بتقديم النصيحة؟

إنه يتحملها لسببين اثنين كما يراهما الفقه المدني:

- 1- خبرة المهني وتفوقه المعرفي والتقني والمادي.
- 2- عدم خبرة المستهلك، خاصة في ظل تنوع وتعدد المنتجات كما وكيفا.

إذن فالالتزام بتقديم النصيحة يفرض لمنع المنتج من أن يستفيد بطريقة تعسفية من عدم خبرة المستهلك. لكن هناك من الفقه² من اعتبر هذا التبرير ليس صحيحاً على إطلاقه، إذ أن المستهلك قد يكون في بعض الحالات أكثر خبرة في مواجهة البائع الذي لا يكون سوى وسيطاً، وبالتالي لا بد من تخفيف صرامة الالتزام بتقديم النصيحة بشكل تستلزمه قواعد العدالة، فصحيح أن التزامات عديدة تفرض على المهني وصحيح أيضاً أن المستهلك هو بحاجة إلى الحماية في مواجهة نفسه وفي مواجهة الآخرين، إذ لا يمكن أن نضع الأشخاص جميعهم في المقام ذاته، وإنما يجب أن يختلف مدى الحماية تبعاً لاختلاف المعلومات أو المعرفة، إلا أنه مع ذلك يبقى القول صحيحاً أن تخفيف الالتزام بتقديم النصيحة يفرض نفسه.

وإن كنا لا نشاطر هذا الرأي تبريراته التي تتعارض مع ضمان حق المستهلك في شفافية المرحلة السابقة للتعاقد، فالإشكال المطروح هو: كيف يؤسس هذا الفقه لموقفه الذي يخالف التوجه الحمائي للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بين المهني والمستهلك؟

1 - عامر القاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الطبعة الأولى، 2002، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 169.

2 - عمر قاسم أحمد القيسي، المرجع نفسه، ص 130.

في سياق إجابته يرد ذلك إلى عاملين:

1 - تخفيف الالتزام بسبب معلومات المستهلك.

2 - تخفيف الالتزام بسبب جهل المهني نفسه.

ففيما يخص العامل الأول، فإن القاعدة العامة هي أن على كل شخص أن يتزود بالمعلومات بنفسه وأن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد علماً بأن المبدأ السائد سابقاً في الفقه المدني هو أن الالتزام بتقديم المعلومات لا يفرض إلا إذا لم يوجد التزام على من هو بحاجة لأن يتزود بها. ومع ذلك فإن ثلاث فرضيات يمكن ملاحظتها هنا:

- الفرضية الأولى: إن المستهلك يجب أن يتزود بالمعلومات.

- الفرضية الثانية: إن المستهلك لديه المعلومات.

- الفرضية الثالثة: إن المستهلك يتصرف كما لو كانت لديه المعلومات الكافية.

فبالنسبة للفرضية الأولى، إن الذي يريد التزود بالمعلومات عليه ألا يتخذ موقفاً سلبياً وإنما عليه أن يتزود بالحد الأدنى من المعلومات. فعلى سبيل المثال لا الحصر في عقد عقار مثقل بحقوق ارتفاق ظاهرة فليس هناك من حاجة لأن يعلن البائع ذلك صراحة، فظهورها يمنح فرصة للمستهلك لأن يتزود بمعلومات أولية عن ذلك. أما الجهل التام بالمعلومات فيجب أن يكون مشروعاً، ومعيّار قياس الجهل يعتمد على نوعية الشخص ذاته¹.

أما الفرضية الثانية، فإن مصدر معلومات المستهلك إما أن يكون المهني نفسه وهذا ما يتم في نطاق العيوب الخفية، إذ عندما يكون العيب خفياً لا يمكن التعرف عليه بسهولة، وهذا ما يفرض على البائع أن يعلم المستهلك بوجود العيب. وإما أن تكون خبرة المستهلك نفسه، ففي مواجهة حرفي مثلاً لديه الخبرة الكافية لا يكون لهذا الالتزام أي معنى.

¹ - Philippe Tournéau, De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil, 1987, Paris, p. 101.

وفيما يتعلق بالفرضية الثالثة، فإذا تصرف المستهلك كما لو كان لديه ما يكفي من المعلومات، كأن يشتري نظاما للمعلومات ثم بدأ يوجهه بحسب هذه المعلومات وبقدر الحاجة إليها، فذلك يعني أن لديه المعلومات الكافية وبالتالي فهو ليس بحاجة لأن يزوده المهني بالمعلومات.

أما بالنسبة للعامل الثاني، فهناك حالات يظهر فيها جهل المهني وذلك عندما لا يعرف المهني حاجة المستهلك¹ أو عندما لا يمكنه أن يعرف لأسباب تقنية بحتة².

كما سبقت الإشارة، فواجب النصح من بين الالتزامات التي ظهرت بهدف حماية الطرف الضعيف في الالتزامات وبالخصوص في إطار حماية المستهلك³، ولعل هذا ما جعل محكمة النقض الفرنسية تضع على: "عائق الموثقين الالتزام بتنوير أطراف العقد حول النتائج المترتبة على العقود بناء على الالتزام بالنصح، من أجل بيان الآثار والمخاطر المترتبة على التصرفات القانونية للمقدمين على إبرامها"⁴، كما أن المشرع المغربي يفرض هذا الالتزام قبل ظهور

1 - فالموثق مثلا، لن يتمكن من معرفة غاية الزبون إلا إذا عبر هذا الأخير بشكل واضح عن الآثار التي يرغب بتحقيقها، فعدم تعيين الزبون لهذه الآثار قد لا يساعد الموثق على معرفة المعلومات التي يحتاجها زبونه، وهما يلطف مسؤولية الموثق في بعض الحالات. ومن ضمن الأسباب التي قد تجعل الزبون مترددا في تعيين الآثار التي يريد تحقيقها، خوفه من إفشاء الموثق للمعلومات الخاصة بالمعاملة، لذلك فرض القانون على الموثق عدم إفشاء الأسرار الخاصة بزبائه، وذلك بمقتضى المادة 24 من القانون رقم 32.09 التي جاء فيها أنه: "يلزم الموثق بالمحافظة على السر المهني، ما عدا إذا نص القانون على خلاف ذلك، ويقع نفس الالتزام على المتمرنين لديه وأجرائه". للمزيد، انظر: كريم آيت عيسى، واجب الموثق بإسداء النصح، المجلة المغربية في الفقه والقضاء، العدد 4، السنة 2015، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 82-95.

2 - عامر قاسم أحمد القيسي، م. س، ص 131.

3 - لكن في بعض الحالات قد يجد المهني، الموثق مثلا، صعوبات في إثبات تقديمه للنصح اللازم للمستهلك، كما أنه ليس هناك وسيلة في يد الأطراف لإثبات أن الموثق لم يقوم بواجب النصح الذي يقع على عاتقه، وبالتالي قد يحدث أن ينفي الطرف تلقيه أي نصيحة من الموثق بخصوص العملية، كما قد يحدث، وهذا لا ينسجم مع شرط الثقة الذي يجب أن يسود بين الموثق وزبائه، غير أنه على المستوى العملي يعمل الموثقون بشكل تلقائي على تضمين العقود التي يحررونها بغض النظر عن مضمونها فقرة خاصة، تتضمن أن الموثق قام بواجب النصح للأطراف، دون أن يبين طبيعة المعلومات والنصائح التي قدمها. كما أنه بالاطلاع على جل العقود التي يحررها الموثقون، يستهلون تحرير العقد بدعاية مفادها أن الموثق تدخل كمحرر للعقد فقط، وهذا أمر يتنافى مع مقتضيات القانونية المنصوص عليها في القانون المنظم للمهنة، كما يعتبر بمثابة إعفاء قبلي من المسؤولية، وهذا فيه إخلال بالتوازن اللازم في المراكز القانونية بين الموثق والأطراف، ويظهر أن الموثق يضمن العقد مقتضيات تساعد في الحد من مسؤوليته القانونية مستغلا جهل أو عدم انتباه الأطراف للآثار القانونية المترتبة عن هذه المقتضيات المضافة للعقد. انظر: كريم آيت عيسى، م. س، ص 94.

4 - Cass. Civ, chambre civile 3, 27 oct. 2016.

- Cass. civ. 1^{re}, 5 décembre 1995 précise l'obligation du vendeur de s'informer des besoins de l'acheteur et d'informer son client de l'aptitude du matériel à l'utilisation qui est prévue.

- Cass. Civ, 25 juin 1996, montre que cette obligation de conseil est très étendue et ne peut pas être encadrée. Selon la 1^{re} chambre civile, le vendeur professionnel doit justifier qu'il satisfait à son obligation d'information qui s'étend également à la mise au point du produit vendu.

الجمعيات التي تنادي بحقوق المستهلك نظرا ما يكتسيه من أهمية على المستوى الاقتصادي والاجتماعي. وهذا ما يشكل قناعتنا بضرورة التشبث بفرض هذا الالتزام على المهنيين خاصة في ظل الواقع المغربي الذي غالبا ما يكون المستهلك جاهلا بأبسط البيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة التي هو بصدد التفاوض لشرائها. عكس باقي الدول المتقدمة في مجال توعية المستهلك التي من الممكن أن نجد فئة المستهلكين ذات تكوين وتأطير وتأثير قد يغنيها عن الحاجة إلى النصح.

الفقرة الثالثة: تخليق مرحلة تنفيذ العقد الاستهلاكي

يتحقق تخليق العقد الاستهلاكي من خلال ضمان السلامة وحماية الخصوصية (أولا)، ثم زجر القانون الجنائي للاستهلاك للمعاملات المخالفة للشفافية والنزاهة (ثانيا).

أولا- الالتزام بضمن سلامة المستهلك وخصوصيته

سنتناول بالتحليل بداية الالتزام بضمن سلامة المستهلك (أ)، ثم حماية خصوصياته (ب)، فالمسؤولية الناجمة عن التعدي على هذه الخصوصيات (ج).

أ - التزام المهني بضمن سلامة المستهلك

الالتزام بالسلامة فكرة وليدة الحاجة تمثلت هذه الأخيرة في ظهور أضرار لا تستوعبها النصوص السارية المفعول وقتئذ فشككت بذلك قصورا حاول الفقه وضع حلول له، كما جسدها القضاء في أحكامه وقراراته، وما لبث أن تبناها المشرع في العديد من النصوص القانونية كما سنرى لاحقا، فهو أحد أهم الالتزامات التي أضيفت في مضمون العقود، لتحقيق التوازن المنشود بين طرفي العلاقة التعاقدية، تبعا لضعف أحد أطرافها. ويبدو مناسبا أن نشير في هذا السياق إلى أن نشأة الالتزام بضمن السلامة ارتبطت في ميدان عقد النقل في أول الأمر بالنظر إلى زيادة حوادث الطريق وحوادث النقل في وقت عجزت فيه قواعد المسؤولية المدنية عن توفير الحماية اللازمة للطرف المضرور، فكان هدف هذا الالتزام منح عقود النقل الحماية اللازمة، عندما كان من العسير، إن لم يكن مستحيلا، أن يعزي القضاء إلى الآلة التي تعد وسيلة للنقل،

عيباً يذكر¹، الأمر الذي جعل بعضاً من الفقه يقوم بتقديم اقتراح بتضمين الالتزام بضمان السلامة في بعض أنواع العقود.

حيث يشار إلى أنه وفي نهاية القرن التاسع عشر، نادى الفقيه Marc Sauzet بذلك الالتزام²، ليتسنى للراكب الحصول على تعويض عند إصابته، دونما حاجة لإثبات أي خطأ من جانب الناقل، وقد تجلّى الاعتراف بهذا الالتزام تشريعياً في القانون المدني الفرنسي إلا سنة 1994 بموجب القانون رقم 49.653 بتاريخ 29 يوليوز 1994 المتعلق باحترام جسم الإنسان، ثم أضحي أحد أقسام الكتاب الأول من القانون المدني الفرنسي (الفصول من 1.16 إلى 9.16)³، ثم في حكم شهير لمحكمة النقض الفرنسية التي قضت بمسؤولية الناقل لإخلاله بهذا الالتزام أثناء سفره وألزمته بإيصاله إلى الميناء معافى⁴.

ثم اتجه القضاء الفرنسي للالتزام بضمان السلامة في عقود كثيرة، كقد النزول في فندق، وعقود الرحلات السياحية، وعقود الخدمات الطبية، وعقود توفير الخدمات التعليمية، وأخيراً في نطاق عقود البيع وعقود ممارسة الأنشطة الرياضية. ويأتي ذلك استجابة لما شهده العالم من كثرة الحوادث والإصابات التي تنجم عن المسببات المتعددة في الوقت الذي يصعب فيه إثبات أي خطأ من جانب المتعاقد الآخر، في دلالة كبيرة على عجز النزعة الشخصية في تخليق العقد الاستهلاكي من خلال إقامة التوازن في مضمونه⁵.

¹ - عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، نحو نظرية عامة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 22.

² - L'idée d'une obligation de sécurité des personnes puisse être de source contractuelle fut exposée à la fin du dix-neuvième siècle en matière d'accidents du travail et de transport. Appliquée au contrat de travail, elle fut annoncée en 1881 par l'avocat parisien Vavasseur, puis développée par le jeune agrégé Marc Sauzet. in : Cyril BLOCH, L'obligation contractuelle de sécurité, PUAM, 2002, p. 11.

³ - أحمد ادريوش، العقد الطبي، دراسة تحليلية وتأصيلية للمقتضيات القانونية المؤطرة للعلاقة بين الطبيب وزبونه، الطبعة الثانية، 2015-2016، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 109.

⁴ - علي فيصل علي الصديقي، م. س، ص 137.

⁵ - Zoubida GUELDI, Les clauses de non-responsabilité en droit marocain, presses universitaires de Pérignon, 2002, p. 132.

1 - أساس الالتزام بضمان سلامة المنتجات والخدمات

بناء على الخلل في الأداءات المرتبطة بغياب البعد الأخلاقي في تحديد مضمون العقد، فقد تم تعمق حضور هذا الالتزام حتى وصل إلى قناعات بعض المشرعين الذين جعلوه في اعتبارهم عند وضع التشريعات المختلفة.

فالمادة 231 من ق. ل. ع تنص على أن "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام، التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف، وفقا لما تقتضيه طبيعته". وبالتالي فهي وسعت من التزامات المتعاقد المهني سواء كام منتجا أو بائعا أو وسيطا فتضيف التزامات خارج العقد، مما ينتج عنه تحمل المسؤولية وعبء الأضرار التي يحدثها المنتج بالمشتري أو المستهلك على عاتق المهني، لان أصل الالتزام هنا تقديم منتج خال من العيوب بما يضمن سلامة وأمن المستهلك المقتني. كما جاء في المادة 3-106 من ق. ل. ع¹ أنه "ينطوي منتج على عيب عندما لا يتوفر على السلامة التي من المعقول توخيها منه وذلك أخذا بعين الاعتبار كل الظروف، ولا سيما:

أ - تقديم المنتج.

ب - الاستعمال المرتقب من المنتج.

ج - وقت عرض المنتج في السوق.

وكذلك تبنى المشرع القانون 24-09 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات²، الذي نص في مادته 4 أنه "يلزم منتج ومستورد المنتجات وكذا مقدمو الخدمات ألا يعرضوا في السوق إلا المنتجات السليمة كما هي معرفة طبقا لأحكام هذا الباب"³. ويعتبر منتج ما أو خدمة ما سليمة عندما تكون مطابقة لمتطلبات السلامة الواجب توفرها في هذا المنتج أو

¹ - جاءت هذه المادة ضمن الباب الرابع الذي أضيف بالقانون رقم 24-09 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات وبالمسؤولية المدنية الناجمة عن المنتجات المعيبة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 22 شتنبر 2011.

² - ظهير شريف رقم 1.11.140 صادر في 16 من رمضان 1432 (17 أغسطس 2011) بتنفيذ القانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات وبتتيم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود. ج. ر عدد 5980 بتاريخ 23 شوال 1432 (22 سبتمبر 2011)، ص 4678.

³ - المادة 4 من قانون 24.09.

الخدمة للتمكن من عرضها، كما هو منصوص عليها في المادة 3 من هذا القانون¹. وفي جميع الأحوال يفترض أن منتجاً ما أو خدمة ما سليمة فيما يخص المقتضيات التقنية التي تشملها المقاييس الوطنية أو الدولية والتي تم نشر مراجعها في الجريدة الرسمية، عندما يكون هذا المنتج أو هذه الخدمة مطابقة لهذه المقاييس. وتخول قرينة السلامة المذكورة لمنتج أو مستورد منتج أو لمقدم خدمة في عرض المنتج أو الخدمة المفترض سلامتها في السوق، دون الحاجة إلى تقديم دلائل أخرى لإثبات سلامة المنتج أو الخدمة، سوى الوثائق التي تثبت مطابقة المنتج أو الخدمة للمقاييس المعنية².

وانطلاقاً من المادة 6، تعتبر سليمة الخدمة التي لا تشكل أي خطر وفق شروط الاستغلال العادية أو التي من المعقول توقعها بما في ذلك مدة الاستغلال، أو تشكل فقط أخطاراً محدودة تتلاءم مع استغلال الخدمة وتعتبر مقبولة في إطار التقيد بمستوى عال من الحماية لصحة وسلامة الأشخاص أو الحيوانات الأليفة أو الممتلكات أو البيئة، حيث يقدم منتج أو مستورد منتجات أو مقدم خدمات إلى المستعمل، المعلومات المفيدة التي تمكنه من تقييم الأخطار المرتبطة بالخدمة أو بالمنتج، خلال مدة استعماله العادية، أو المعقول توقعها، والوقاية منها، عندما يتعذر على المستعمل إدراك هذه الأخطار في الحال دون تحذير ملائم، كما لا يعفي وجود هذا التحذير من التقيد بالالتزامات الأخرى. كما يلزم منتج أو مستورد المنتجات أو مقدم الخدمات، بالنظر إلى مميزات المنتجات أو الخدمات التي يعرضها في السوق، باتخاذ تدابير تمكنه من معرفة الأخطار التي قد تشكلها المنتجات أو الخدمات المذكورة والقيام بالإجراءات اللازمة للتحكم في هذه الأخطار بما في ذلك السحب من السوق وتحذير المستعملين بشكل ملائم وفعال واسترجاع المنتجات المعروضة في السوق من المستعملين أو وقف الخدمة.

وتشمل التدابير المذكورة على سبيل المثال:

¹ - المادة 3 من قانون 24.09: "المقتضيات التقنية هي المقتضيات المتعلقة بالمميزات المطلوب توفرها في منتج من حيث سلامته ولا سيما تكوينه وشروط إنتاجه وتجميعه وتركيبه وتوزيعه واستعماله وصيانتته وإعادة استعماله وتدويره ومستوى جودته وأبعاده بما في ذلك الشروط المتعلقة بالتسمية والعرض والتوضيب والتلفيف ووضع علامة والعنونة والتعب وكذا مساطر تقييم مطابقة المنتج. وتشمل المقتضيات التقنية الإحالة على المقاييس الوطنية والدولية المطبقة على المنتج".
² - المادة 7 من القانون 24-09.

- إنجاز تجارب عن طريق استطلاع الرأي حول المنتجات التي تم تسويقها.
- الإشارة على المنتج أو على تليفه إلى هوية المسؤول عن عرض المنتج في السوق وعنوانه، وإلى مرجع المنتج أو مجموع المنتجات التي ينتمي إليها.
- دراسة شكايات المستعملين، وإن اقتضى الحال، مسك سجل للشكايات.
- إخبار الموزعين عن تتبع المنتجات المذكورة¹.

وعند تقييم² سلامة خدمة ما، يؤخذ بعين الاعتبار على وجه الخصوص ما يلي:

- أ- مميزات الخدمة وشروط استغلالها.
 - ب- تأثير الخدمة على محيطها.
 - ج- تقديم الخدمة والتحذيرات والتعليمات المحتملة التي تتعلق باستغلالها وكذا جميع البيانات أو المعلومات الأخرى المتعلقة بالخدمة.
 - د- فئات المستعملين التي تكون عرضة للخطر عند استغلال الخدمة.
- وإذا علم منتج أو مستورد منتجات أو مقدم خدمات أو وجب عليه أن يعلم، خصوصا على إثر تقييم للأخطار أو على أساس المعلومات المتوفرة لديه، أن المنتج أو الخدمة التي عرضها في السوق لا تستجيب لمتطلبات السلامة، وجب عليه في الحال إخبار الإدارة المختصة بذلك. ويقدم على الأقل المعلومات التالية:

- الوصف الكامل للخطر.
- جميع المعلومات المتوفرة التي تمكن من تعقب المنتج.

¹ - المادة 27 من القانون 24-09.

² - المادة 8 من القانون 42.09: "في الحالات الأخرى غير تلك المنصوص عليها في المادة 7 أعلاه، تؤخذ بعين الاعتبار، عند تقييم سلامة منتج ما، العناصر التالية:

أ - المقاييس الوطنية إن وجدت وإلا فالمقاييس الدولية ذات الصلة.
 ب - دلائل الممارسات الجيدة، المتعلقة بسلامة المنتجات أو الخدمات الجاري بها العمل في القطاع المعني، الصادرة عن المعهد المغربي للتقييس، إن وجدت.
 ج - الحالة الراهنة للمعارف والتقنيات.
 د - السلامة التي يتوخاها عادة المستهلكون والمستعملون".

- وصف العمليات والتدابير المتخذة أو المقرر اتخاذها للحد من الخطر على المستعملين أو الوقاية منه أو إزالته¹.

ولا يجوز للمنتج أو المستورد أو مقدم الخدمات أن يتصل من التزامه بدعوى عدم علمه بالأخطار التي من غير المعقول أن يجهلها. كما أن الموزعين يخضعون لنفس الالتزام بالسلامة حيث ألزمتهم المادة 32 من القانون 24-09 بسرعة التصرف وجدية المساهمة في العمل على احترام التزامات السلامة المعمول بها، وخاصة بعدم تقديم المنتجات التي يعلمون أنها لا تستجيب للالتزامات المذكورة أو كان عليهم أن يقدروا ذلك استنادا إلى المعلومات المتوفرة لديهم وباعتبارهم مهنيين.

علاوة على ذلك، يشارك الموزعون في حدود نشاط كل واحد منهم، في تتبع سلامة المنتجات المعروضة في السوق وخاصة عن طريق نقل المعلومات المتعلقة بالأخطار التي تشكلها المنتجات ومسك وتقديم الوثائق اللازمة لتعقب مصر المنتجات وكذا التعاون مع المنتجين أو المستوردين والإدارة المختصة في الأعمال التي يباشرها هؤلاء من أجل التحكم في الأخطار. لكن وفي كل الأحوال فإن إمكانية بلوغ مستوى عال من السلامة أو الحصول على خدمات أخرى تشكل خطرا أقل، لا تعد سببا كافيا لاعتبار خدمة ما خطيرة.

ومنه، يمكن القول إن الالتزام بالسلامة يقصد به " أن كل منتج يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك و/ أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية، وعلى المهني عند الاقتضاء، الالتزام بضمان الضرر الذي يصيب الأشخاص أو الأملاك بسبب العيب و/أو تحمل الجزاء الذي يقرره القانون"². وفي هذا السياق قد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية أنه: "على الشركة المدنية للمنشآت العقارية تسأل في مواجهة تجمع الملاك الذين طالبوا بالتعويض بسبب وفاة أحد الأشخاص جراء انهيار السقف الخاص بأحد المباني التي أنشأتها، وقد كان يجب عليها أن تسلم منشآتها مطابقة للمواصفات

¹ - المادة 28 من القانون 24-09.

² - على فتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 215.

المتفق عليها، وأن الشركة كان يجب عليها أن تقدم منشأة غير خطرة على سكانها وإلا انعقدت مسؤوليتها"¹.

2 - تطبيقات الالتزام بضمان سلامة الخدمات والمنتجات

سنتناول نماذج عن الالتزام بضمان السلامة، وهي عبارة عن تطبيقات في هذا المجال وهي كثيرة ومتعددة، وعليه سنكتفي بالعقد الطبي وعقود السياحة.

- الالتزام بالسلامة في المجال الطبي

تنص المادة 43 من قانون مزاوله مهنة الطب بالمغرب² على التزام عام بالسلامة يقع على عاتق الطبيب في عيادته الخاصة حيث جاء فيها أنه يجب " يجب أن يزاوّل الطبيب مهنته في العيادة الطبية في ظروف لا تمس بجودة العلاج وبالأعمال الطبية أو بسلامة مرضاه... ويكون الطبيب مسؤولاً عن التحقق من مؤهلات العلاج الذي يستخدمه.."، وكذلك الأمر بالنسبة للمصحات، فالمادة 72 أوجبت " استغلال المصحات وفق الشروط التي تضمن سلامة المرضى والعاملين بها..." ولهذا الغرض يتعين على مالك المصحة أن يبرم عقد تأمين يغطي مسؤوليته المباشرة عن الأخطار المرتبطة بتنظيم المصحة وتسييرها"، وذلك تحت طائلة غرامة من 10.000 إلى 20.000 درهم³.

ورغم كون القضاء الفرنسي سابقاً لإقرار الالتزام بالسلامة في المجال الطبي⁴، فإن القضاء المغربي لم يتأخر ليسلك نفس المسار من خلال العديد من الأحكام، حيث جاء في حكم

¹ - Cass. Civ. 3è cham. Civ, 10 avril 1995.

² - ظهير شريف رقم 1.15.26 صادر في 29 من ربيع الآخر 1436 (19 فبراير 2015) بتنفيذ القانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب. ج. ر عدد 6342 الصادرة بتاريخ 21 جمادى الأولى 1436 (12 مارس 2015).
³ - المادة 113 من القانون 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب.

⁴ - Depuis le célèbre arrêt **Mercier** du 20 mai 1936, qui admit la nature contractuelle de la responsabilité du médecin, la Haute juridiction n'a eu de cesse de rappeler que le contrat qui se forme entre le médecin et son patient « comporte, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et, réserves faites de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ».

- parmi ces arrêts :

- Cass. 1^{re} civ, 12 décembre 1995, Bull. civ. I, n° 461.

- Cass. 1^{re} civ, 25 février 1997, Resp. Civ et assur, 1997, comm. N° 169.

للمحكمة الابتدائية بالرباط ما نصه: "إن الأصل هو أن الطبيب لا يلتزم بتحقيق نتيجة، ولكن ببذل طبيب يقظ يبذل جهودا صادقة لتحقيق ما تعهد به، إلا أنه يكون في بعض الأحيان مطوقا بالتزام بتحقيق نتيجة ليست هي شفاء المريض ولكن ضمان سلامته وعدم تعريضه لأي أذى أو إصابته بأي ضرر"¹. وفي حكم آخر للمحكمة الابتدائية بمكناس بنى على أن الأصل هو التزام الطبيب بعلاج ما يعانيه المريض من مرض تم تشخيصه هو عادة التزام بعناية لكون الطبيب غير ملزم بشفائه من هذا المرض، بل عليه فقط بذل جهود صادقة ومتفقة مع مقتضيات العملية المستقر عليها علم الطب، لكن التكملة التي أضافها الحكم هي أن الطبيب يلتزم في نفس الوقت بضمان سلامة المريض بعدم تحميله أعباء إضافية، وهو التزام بتحقيق نتيجة، وعلى المريض فقط إثبات ما أصابه من ضرر، ويبقى على الطبيب، لدفع المسؤولية عنه، أن يثبت أن ما لحقه من ضرر كان بفعل سبب أجنبي لا يد له فيه².

ونظرا لاتساع المجال الطبي وتشعب محتوياته، فأنا سنركز على العناصر التالية: استعمال الأجهزة الطبية، تركيب الأعضاء الصناعية، عمليات نقل الدم.

- استعمال الأجهزة الطبية

تتطلب الضرورة في هذا العصر استخدام الأدوات والأجهزة في العلاج وفي الجراحة، ورغم تتطور هذه الأدوات فهناك حوادث طبية كثيرة تسبب إصابات بالغة للمرض، ومن ثم لا بد من تحديد مسؤولية الطبيب في هذا المجال. وقد انقسم الفقه بخصوص مدى مسؤولية الطبيب في استعمال الأجهزة والأدوات الطبية إلى رأيين:

فالفريق الأول يرى ضرورة إخضاع مسؤولية الطبيب إلى القواعد المرتبطة بالمسؤولية التقصيرية، وبالتالي لا يتمكن المريض من الحصول على التعويض عن الضرر إلا بعد إثباته أن الطبيب لم يبذل العناية اللازمة أثناء أداء عمله. وفي ظل هذا الرأي، فإنه من الطبيعي أن يحظى الطبيب بالحرية المطلوبة أثناء أداء عمله والقيام بمهمته الخطيرة باطمئنان وثقة. كما

- Cass. 1^{re} civ, 27 mai 1998, D, 1998, jur, p. 21, note S. Porchy.

- Cass. 1^{re} civ, 6 juin 2000, JCP G. 2001, II, 10447, note G. Mémeteau.

1 - أحمد ادريوش، م. س، ص 167.

2 - أحمد ادريوش، المرجع نفسه، ص 168.

أن طبيعة العمل الطبي أساسا مبنية على الاحتمالية التي تتعارض مع وجوب تحقيق نتيجة¹، إضافة إلى ذلك فهناك شريك مهم في مسؤولية الطبيب وهو الجهاز المستعمل في العلاج، وبالتالي يستحيل الفصل بينهما، أو بين فعل الإنسان (الطبيب) وفعل الشيء (الجهاز المستخدم).

تأسيا على ما سبق يذهب أصحاب هذا الرأي إلى استبعاد تطبيق قواعد المسؤولية عن الأشياء طبقا للفقرة الأولى من القانون المدني الفرنسي، لا سيما عدم وجود علاقة عقدية بين الطبيب والمريض، لكن القضاء الفرنسي أجاز تطبيق المادة 1/1384 الخاصة بالمسؤولية عن الأشياء على الأطباء خارج نطاق العقد الطبي كما لو كان حارس الشيء الذي نتج عنه الضرر طبيا آخر غير الذي تعاقد مع المريض². أو كان المضرور من هذا الشيء المستخدم من طرف الطبيب شخصا آخر غير طرف العقد الطبي³.

أما الفريق الثاني، فينادي بأن عقد العلاج يلزم الطبيب إلى جانب بذل العناية بضمان سلامة المريض من الأضرار التي قد تتجم عن استخدام الأجهزة الطبية في علاجه، لذا كان هذا التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية فحسب⁴. وينظر إلى هذا الاتجاه بأنه يفرق بين الأضرار التي تنشأ عن الأعمال الطبية ذات الطبيعة العلمية البحتة، وبين الأضرار التي لا يسأل عنها الطبيب إلا إذا ثبت تقصيره وعدم يقظته وبين الأضرار التي تنشأ عن الأجهزة ولا صلة لها بالأعمال الطبية، والتي ترجع في الغالب إلى عيب في الأجهزة⁵ المستعملة في العلاج. وهذه الأضرار يسأل عنها الطبيب لأن التزامه في هذه الحالة هو التزام بتحقيق نتيجة ومن ثم تتعدد مسؤوليته بمجرد وقوع الضرر، إلا إذا كان له دليل على أن الضرر كان راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. وفي إطار سلامة وأمن الخدمات الطبية⁶، يلتزم الأطباء والأعوان الطبيون

¹ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط، بتاريخ 31 مار 1989، ملف جنحي، منشور بمجلة رسالة المحاماة، العدد 8، ص 247.
- حكم عدد 13229 بتاريخ 06-09-1985، ملف إداري رقم 10551. انظر: أحمد ادريوش، "مصنف المسؤولية الطبية"، الجزء الأول، ص 109.

- حكم المحكمة الابتدائية بمراكش، عدد 3812 بتاريخ 21-05-1992، الملف عدد 899-90، منشور بمجلة المحامي، العدد 23-24، السنة 1993، ص 109.

² - Cass.Civ.7-6-1968. J. C. P. 1968-2-15828, note Savatier René.

³ - Cass. Civ. 29-12-1948. D. 1948-Juris, p : 127.

⁴ - Cass. Civ. 27-1-1970. J. C. P. 1970-2-1-6422, note Rabut.

⁵ - Cf. Cass.1^{ère} chambre civile de la cour de cassation, 9-11-1999 (Bull. 1999 I n 300, p. 195-Morisot/ Delsart).

⁶ - Cf. Cass.1^{ère} chambre 7 Novembre 2000, (Bull. 2000 I n 279, p. 181).

وكذا مسؤولو المؤسسات الاستشفائية بعدم إعادة استعمال أي أداة طبية مقدمة من قبل المنتج، رغم القيام بتعقيمها، نظرا لكونها مخصصة للاستعمال الوحيد¹.

- تركيب الأعضاء الاصطناعية

تعتبر الأعضاء الصناعية وسيلة لتعويض الإنسان عما فقده من بعض أعضاء جسمه، مثل الأسنان والأطراف. وهنا يثار التساؤل حول مدى مسؤولية الطبيب عن تركيب هذه الأعضاء الصناعية؟

في البداية كان للقضاء الفرنسي رأي بخصوص طاقم الأسنان الذي يركب للإنسان، واعتبر الاتفاق الذي يتم بينه وبين الطبيب ليس عقدا للعلاج بل بيعا بشرط التجربة، ومعلقا على شرط واقف يتمثل في قبول الأسنان بعد التجربة. ويؤدي تخلف الشرط إلى اعتبار هذا الاتفاق باطلا وكأنه لم يكن.

لكن الفقه انتقد هذا الحكم لخطئه في تكييف العقد، والعبرة بوجود العقد الطبي يخدم الغرض الاقتصادي ويهدف إليه وفقا للالتزامات التي يترتبها في ذمة طرفيه لا يجوز تجزئة العقد والاعتماد في تكييفه على بعض عناصره². بعد ذلك عدل القضاء عن هذا التكييف، واعتبر تركيب الأسنان الصناعية للمريض من قبل الطبيب عقدا طبيا. لكنه انقسم في أحكامه حول تحديد طبيعة التزام الطبيب في هذه المسألة:

فالاتجاه الأول، يخضع طبيب الأسنان للقاعدة العامة التي تحكم الأعمال الطبية بصفة عامة، التي تقضي بأن الطبيب ملزم ببذل عناية، وينطبق ذلك على طبيب الأسنان الذي يقوم بتركيب أسنان صناعية، فهو لا يستطيع أن يتعهد بنجاح عملية التركيب لأنها لا تختلف في شيء عن العلاج الطبي أو العملية الجراحية.

¹ - حساني علي، ضمان حماية المستهلك، نحو نظرية عامة في القانون المقارن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 206، ص 200 وما يليها.

² - Joseph Frossard, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultats, L.G.D.J, Thèse, Lyon, 1965, n° 397.

وأخذت المحاكم بنفس الاتجاه لكن أضافت لهذا الالتزام في حالة الإخفاق في العلاج، التزام تبقي مضمونه ضمان سلامة المريض. وبالتالي فهو التزام يقع أيضا على الطبيب بتعويض الضرر الذي لحق بمريضه حتى في حالة غياب الخطأ مت كان هذا الضرر لا علاقة له بحالة المريض السابقة على التدخل الجراحي أو بالتطور المتوقع لهذه الحالة¹.

وقد أخذ جانب من الفقه بهذا الاتجاه وذلك بالزام الطبيب بضمن سلامة المريض، ليس فقط من الأضرار الناجمة عن عيوب الأجهزة والأدوات الطبية المستعملة، بل يشمل أيضا الأضرار الخارجة عن العلاج وتلحق بالمريض نتيجة استعمال هذه الأجهزة، أو نتيجة لوجود المريض لدى الطبيب للعلاج². ويبرر الفقه هذه الفكرة بأنه إذا كان الغير يستفيد من القرينة الخاصة بالمسؤولية عن الأشياء غير الحية ليحصل على تعويض الضرر اللاحق به من الأجهزة التي يستعملها الطبيب، فكيف لا يستفيد المريض من ذلك. ويطلب منه إقامة الدليل على خطأ الطبيب ليتمكن من الحصول على التعويض³.

كما ذهب محكمة النقض الفرنسية في نفس الاتجاه، حينما قضت بأن جراح الأسنان يلتزم أثناء تركيب جهاز اصطناعي بنفس ما يلتزم به الطبيب، ويعتبر التزامه حينئذ بأنه التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة⁴. ومن التطبيقات القضائية أيضا، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية⁵ من أن الالتزام المتعلق بإتمام التركيبات الصناعية هو التزام بنتيجة، بينما الالتزام المرتبط بالعناية الضرورية والمطلوبة قبل إجراء التركيب فهو التزام بوسيلة.

أما الاتجاه الثاني، فيرى ضرورة التفرقة في عمل طبيب الأسنان بين مرحلتين:

¹ - C. A. Paris, 15-11-1999, Pansier (Frédérique Jérôme) et Bladier (Jean-Baptiste), étude de l'évolution de la responsabilité médicale à travers de l'énoncé jurisprudentiel d'une obligation de sécurité à la charge du médecin, Gaz.Pal.1999, I, chronique, p.911 et s.

² - حساني علي، م. س، ص 201.

³ - Cass. Civ 29 déc. 1948, D. 1948, jurisprudence, p. 127.

- Cass. Civ 1^{er} Avr. 1968 ; J. C. P. 1968-2-15547, note Rabut.

⁴ - Paris. 16-12-1982. D. 1983.Inf. Rap.p.376.

- Cass.Civ. 28 Avr. 1981, J. C. P. 1981. P. 251.Gaz. Pal. 1981.somm.341.

⁵ - حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12-06-1990.

الأولى، تتعلق بالكشف عن المريض وتشخيص الداء ثم وصف العلاج له، ويكون التزام الطبيب هنا بذل عناية وفق أصول المهنة. ومن ثم تقوم مسؤوليته عما يصيب المريض من أضرار إذا ثبت إهماله أو عدم مراعاته لقواعد مهنة الطب وأصولها. ولا علاقة هنا برضى المريض وقبوله لمخاطر العلاج، حيث أن رضاه لا يغطي الأخطاء المهنية التي يقع فيها الطبيب¹، وهو ما أخذت به كذلك محكمة النقض الفرنسية.

أما المرحلة الثانية، فتتعلق بتركيب طاقم أسنان للمريض، حيث ذهبت محكمة Dijon إلى أن "العقد الطبي المبرم بين الطبيب وعميله لتركيب طاقم أسنان يفرض على الأول التزاما بعناية مضمونة ببذل الجهود واليقظة، والمطابقة للأصول العلمية في وضع وصيانة الطاقم، ويفرض عليه كذلك التزاما بتحقيق نتيجة مضمونة تتمثل في تقديم الأسنان الصناعية بالشكل والأوصاف والحالة التي يمكن معها أن تؤدي وظيفة الأسنان الطبيعية، والإخلال بهذا الالتزام ولو دون قصد يقيم المسؤولية العقدية للطبيب ويلزم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمريض². النتيجة مما ذكر من أحكام قضائية، أن عملية تركيب الأعضاء الصناعية تنطوي على جانبين: الأول طبي والثاني فني:

فالجانب الطبي يتمثل في مدى فعالية هذا العضو الصناعي وملاءمته مع الحالة المرضية للمريض، وتعويضه عن النقص القائم لديه، وعمل الطبيب في هذه المرحلة هو عمل طبي بالمعنى الدقيق، ولذلك فإن التزامه يكون التزاما ببذل عناية ولا تقوم مسؤوليته إلا إذا ثبت تقصير من جانبه. فعلى الطبيب أن يبذل العناية اللازمة عند اختيار العضو الصناعي المطلوب والملائم للمريض وأن يعمل على تهيئة الجسم له، ووضعه فيه، وكل ذلك يقوم على عنصر احتمالي غير ظاهر، مما يدفع إلى القول بأن التزام الطبيب بشأنه يكون مجرد التزام ببذل عناية³. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بذلك وأخذت بالرأي القائل بأن طبيب الأسنان يلتزم

¹ - Philippe Le Tourneau, note sous Cass.civ. 24-6-1975. D. 1976, p.249.

² - C. A. Dijon, 24 Janv. 1952. D. 1952.J. C. P, p.171.

³ - حساني علي، ضمان حماية المستهلك، م. س، ص 203.

فيما يتعلق بتقدير مدى ملاءمة التركيبات الصناعية التي يجريها للمريض بالتزام بذل عناية، وهذه الملاءمة ترتبط بالعناية الطبية التي يلتزم بها الطبيب بصفة عامة¹.

يتضح مما سبق أن عبء الإثبات في هذه المرحلة يقع على كاهل المريض، إذ يتعين عليه أن يقيم الدليل على تقصير الطبيب في بذل العناية، أو رعوثه أو مخالفته لقواعد المهنة، وأكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم لها². أما الجانب الفني فيتمثل في ضمان سلامة العضو الصناعي ومناسبه لجسم المريض، ومن ثم تقوم مسؤولية الطبيب إذا كان العضو رديء الصنع أو لا يتفق مع مقياس الجسم أو سبب أضراراً للمريض، وكان هذا أيضاً ما قضت به المحاكم الفرنسية³.

- عمليات نقل الدم

نقل الدم من شخص معين إلى مريض يؤدي دوراً عظيماً في إنقاذ العديد من الأشخاص سواء الذين تعرضوا لحادث، أو الذين فقدوا كمية من دمهم أثناء العمليات الجراحية، أو المصابون بأمراض تتطلب تزويدهم بالدم. وعملية نقل الدم ليست بالبساطة المتوقعة، بل يقتضي الأمر وجود متبرع له دم قابل للتبرع به يخلو من الأمراض أو الجراثيم ومتفقاً مع فصيلة دم المريض. وكل ما تتطلبه هذه العملية من شروط علمية وتقنية دقيقة. وهذا هو المطلوب من الطبيب، حيث يصبح هذا التزام على عاتقه متمثل في تحقيق نتيجة وهي السلامة التامة في عملية نقل الدم. وعمليات نقل الدم لا بد وأن تسبقها عملية طبية أخرى لا تقل أهمية وهي إجراء الفحوصات والتحاليل الطبية لمعرفة فصيلة دم المريض حتى يمكن نقل دم جديد إليه من نفس الفصيلة.

وفي كلتا العمليتين يصبح التزام الطبيب التزاماً بضمان السلامة مؤداه التأكد من نتيجة التحليل الطبي الذي أجراه للدم الذي سيتم نقله للمريض، حيث لا مجال هنا لتطبيق فكرة

¹ - Cass. Civ, 1^{er}, 16-12-1982, Petites affiches, n° 61, du 15-06-1998-Somm. pl.

² - Cass. Civ. 16-12-1982.

³ - Cour d'appel, Paris, 01-12-1995, RTD. Civ, 1995, p 375.

- Cour d'appel, Dijon, 12-04-1994, Somm. comm. p 101.

- Cass. Civ, 22-11-1995, RTD. civ, 1995, p 375. Obs. Jourdan patrice.

الاحتمال في النتيجة وإنما هي مؤكدة، خاصة في ظل التطور العلمي الكبير في استخدام الأجهزة الطبية في هذا الشأن. وبالتالي فإن الطبيب يلتزم بنقل دم نظيف وخال من الأمراض إلى المريض الذي يعالجه، فإذا أصيب هذا الأخير بضرر نتيجة هذا الدم المنقول إليه كان الطبيب مسؤولاً عن ذلك ولا يقبل منه القول بأنه قد بذل كل العناية اللازمة لنقل دم نظيف للمريض¹.

وفي هذا استقرت أحكام القضاء الفرنسي على أن مراكز نقل الدم ملتزمة بتوريد دم نقي ونظيف وخال من الفيروسات المعدية وفي الغرض المنشود من العلاج. فإذا قدم مركز الدم إلى المريض بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر من خلال إحدى المؤسسات العلاجية دما ملوثاً أدى إلى إصابة المريض بفيروس مرض الإيدز أو بأي فيروس آخر، فإنه يكون مسؤولاً عن إخلاله بالتزام بتحقيق نتيجة محله ضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض. لذلك فإننا نجد أن هناك إقراراً بمسؤولية أحد مراكز نقل الدم عن نقل دم ملوث يحمل فيروس الإيدز إلى المرضى كانت إحدى المستشفيات الخاصة المتعاقدة مع هذا المركز قد نقلته إليهم فور تسلمها إياه².

ومن التطبيقات القضائية على ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من مسؤولية الطبيب عن إصابة المريض بمرض الزهري نتيجة نقل الدم إليه ملوث بجراثيم هذا المرض، واعتبرت لأن الالتزام بنقل الدم محله تحقيق نتيجة يتمثل في تقديم دم سليم ويتفق في فصيلته مع دم المريض³. أيضاً ما قضت به محكمة استئناف تولوز من أن الطبيب الذي يقوم بتحليل دم المريض لتحديد فصيلته يقع على عاتقه التزام بتحقيق نتيجة، ومن ثم تقوم مسؤوليته لمجرد وقوعه في الغلط أثناء تحديده لفصيلة الدم، ولا يستطيع أن يدفع بأن الخطأ تم من قبل الممرضة مثلاً أو الادعاء بأي سبب آخر⁴.

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المسؤولية الطبية للطبيب، الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلي، التمريض، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص 62.

² - شكلت هذه الحادثة فضيحة بالنسبة للحكومة الفرنسية في شهر أبريل 1991 عقب تقرير عن توزيع المركز الوطني لنقل الدم لمنتجات دم ملوثة سنة 1985.

³ - Cass. Civ, 17 déc. 1954. D. 1955.p 269, note Rodière (R), J.C. P 1955, II. 8490, note Savatier (R).

⁴ - C. A. Toulouse, 14 déc. 1959, J.C. P 1960-2-11402.

- الالتزام بالسلامة في عقد الاستشفاء¹

يبرم المريض عقدا مع إدارة المستشفى يسمى "عقد الاستشفاء" contrat d'hospitalisation تلتزم بمقتضاه هذه الأخيرة بتقديم الخدمات العادية للمريض أثناء إقامته وعلاجه بالمستشفى، وبصفة خاصة تنفيذ تعليمات الطبيب فيما يتعلق بنظام الإطعام والنظافة وتقديم العلاج بصفة منتظمة من أدوية وحقن وإجراء التحاليل. كما تلتزم إدارة المستشفى أيضا بتوفير العدد الكافي من العاملين والمرضات المؤهلين لحسن أداء عمل المستشفى للخدمات الطبية².

لذلك فلا يهم الأطباء العاملين لدى المستشفى، فقد تستعين الإدارة لتنفيذ التزامها بالأطباء المعينين أو غير المعينين من طرفها (الأطباء الزائرين)، والمريض يختار المستشفى الذي يتوجه إليه للعلاج دون أن يحدد طبيبا بعينه³، لأن ذلك دور المستشفى ومن اختصاصه. وبالتالي يكون هذا الأخير ملزم بتوفير الفراش والعلاج والأمن والسلامة من مختلف المخاطر، حيث في حالة حدوث خطر من شأنه المساس بصحة المريض أو سلامته الجسدية تقوم مسؤولية المستشفى دون أن يكلف المرض بإثبات هذه المسؤولية. لكن يستطيع المستشفى أن يتخلص من هذه المسؤولية بإثبات أن سبب الخطر هو سبب أجنبي، وبالتالي فإن المستشفى ملتزم ببذل عناية سواء بالنسبة لتوفير ظروف الإقامة للمريض أو العلاج في حد ذاته⁴.

هذا الرأي قد يحتاج إلى مراجعة، لأن المستشفى ملزم بالحرص والمحافظة على مصالح المريض مدة إقامته لديه، وبحكم وجود عقد بينهما. فيلتزم بكل ما من شأنه أن يوفر له العلاج، من أطباء مختصين وممرضين ذوو الكفاءة المطلوبة الذين يحافظون على توفير الظروف

1 - لقد استقر الفقه والقضاء على تسمية العقد الرابط بين الطبيب والمريض الذي يلجأ إليه طلبا للعلاج بالعقد الطبي (Contrat médical)، مثلما اصططلحوا على تسمية العقد الرابط بين المصحة الخاصة وبين المريض الذي يلجأ إليها طالبا للإقامة فيها قصد العلاج بعقد الاستشفاء (Contrat d'hospitalisation)، وكلاهما عقد علاج (contrat de soins). لأن الغرض من كل منهما تقديم علاج للمريض.

2 - محمد حسين منصور، م. س، ص 91.

3 - للمزيد، انظر: عبد الملك بلالة، دور الإرادة في إبرام العقد الطبي، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية، العدد 40، مارس 2022، ص 604-635.

4 - حساني علي، م. س، ص 206.

الجيدة والملائمة للمريض حتى يتم شفاؤه¹، وبالتالي إذا كان المستشفى ملزماً فإن مسؤوليته تعد قائمة طالما كان المريض داخل المؤسسة، وهو مطالب ببذل العناية التي من خلالها تتحقق النتيجة. أما في مجال العدوى المرضية التي قد تصيب المريض خلال إقامته في المستشفى فقد مر القضاء الفرنسي في هذا الشأن بعدة مراحل آخرها، أن محكمة النقض الفرنسية قررت أن عقد الاستشفاء المبرم بين المريض والمستشفى التزام بضمان السلامة محله تحقيق نتيجة، ولا يستطيع التخلص من مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي².

مما يلاحظ من خلال هذه الأحكام أن نطاق مسؤولية المستشفى عن العدوى أصبح عاماً، ولم يعد يقتصر على حالات العدوى التي تحدث خلال وجود المريض داخل غرفة العمليات. كما أن التزام المستشفى في هذه الحالة أصبح التزاماً بتحقيق نتيجة، إلا إذا كان هناك سبب أجنبي يمكن إثباته والطبيب أيضاً تمتد له المسؤولية ويصبح ملتزماً بتحقيق نتيجة وهي عدم انتقال العدوى إلى مريضه أثناء زيارته له المستمرة.

- الالتزام بالسلامة في عقود السياحة³

نشأ الالتزام بضمان السلامة في البداية في الإطار العقدي، وتم التأكيد على أن هناك التزام يقع على المدين من طرف القضاء، ثم أيده التشريع سواء في فرنسا أو المغرب أو غيرها من البلدان. ويمكن تحديد نطاق ومضمون العقد هنا بأن المتعاقد يتحمل التزامات تعد من

1 - العقد الطبي هو: "اتفاق بين الطبيب وزبونه يلتزم بموجبه الأول بأن يقدم للثاني خدماته الفنية مقابل أجره يدفعها هذا الأخير. وتتمثل الخدمات الفنية التي يلتزم الطبيب بتقديمها للزبون في الاعتناء بصحته من خلال الوقاية من الأمراض أو تشخيصها أو علاجها أو القيام بغيرها من الأعمال الطبية المشروعة، وكل ذلك وفقاً للصواب المستقر عليها في علم الطب والقانون أيضاً. أما الأجر فيطلب عليها الأتعاب (honoraires) تميزاً للمقابل النقدي في هذا العقد عن نظيره في عقود الحرفيين مع زبائنهم". انظر: أحمد ادريوش، العقد الطبي، دراسة تحليلية وتأصيلية للمقتضيات القانونية المؤطرة للعلاقة بين الطبيب وزبونه، الطبعة الثانية، 2015-2016، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 8.

2 - Cass. Civ, 28-06-1989. D.1990. Jur. note Labbé.

- Cass. Civ, 21-05-1996, R. T. D. Civ. 1996, p. 913, obs. Jourdain (p).

- Cass. Civ, 26-10-1999, R.T. D. Civ. 1999. P. 814. Obs. jourdain (p).

3 - تنقسم عقود خدمات السياحة إلى أربعة أصناف:

- عقد الرحلة Contrat de voyage

- عقد الوكالة السياح Contrat d'agence de voyage

- عقد تنظيم الرحلات Contrat d'organisation de voyage

- عقد الوساطة في الرحلات Contrat d'intermédiaire de voyage

ويلحق بها بعض العقود التي تساهم في إتمام الرحلة، كعقد النقل، وعقد الفندق أو عقد النزول في الفندق، وعقود تقديم الوجبات وغيرها.

مستلزمات العقد وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، كالاتزام بضمان السلامة¹. لكن منذ بداية القرن الماضي ظهرت حركة تنادي بإنشاء التزامات تبعية خاصة في عقود الإذعان، ومن بينها ضمان السلامة²، وإن كان ينشأ هذا الأخير منذ إبرام العقد فإنه التزم تبعية أو ثانوي يرتبط في تنفيذه وانقضائه بتنفيذ وانقضاء العقد. وقد خالف الفقه هذه النظرة لهذا الالتزام، فاعتبره التزاما جوهريا وليس ثانويا، فقال إن الناقل لا يلتزم فقط بتوصيل المسافرين لألى وجهته المتفق عليها، بل يجب عليه توصيله سليما معافى والإخلال بالالتزام الأول يعد إخلالا بالالتزام اللاحق له³، وهذا ما يقصد به تنفيذ عقد النقل تنفيذا صحيحا يكون فيه الناقل ملزم بتحقيق نتيجة وليس ببذل العناية اللازمة، لأن الأمر يتعلق بإيصال المسافرين سليما معافى إلى وجهته التي يبتغيها. فالالتزام بضمان السلامة بشكل عام هو ما يجب أن يقوم به المدين بقصد عدم تعريض الدائن لأي ضرر يصيب جسده وحياته، بحيث لا يعد المدين منفذا لالتزامه إلا بتنفيذ هذه النتيجة. ومن ثم فعلى المدين أن يسيطر على الأشخاص والأشياء التي يستخدمها في تنفيذ التزامه للحيلولة دون وقوع الضرر الجسدي بالدائن، وذلك يكون من خلال توقع الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها الدائن والعمل على منع وقوعها أو التقليل من آثارها⁴.

أما بالنسبة للالتزام بضمان السلامة في العقد السياحي فقد عرف على أنه "الأثر القانوني المترتب على العقد السياحي (عقد الرحلة) الذي يلتزم المدين المحترف بتنفيذه للطرف الآخر في العقد من احتمال وقوع خطر يهدد سلامة هذا الطرف في جسده أثناء تنفيذه العقد، وإلا كان مسؤولا مسؤولية عقدية عن الضرر الجسدي الذي لحق بالطرف الآخر".

ويشترط في الالتزام بضمان السلامة مجموعة شروط هي:

¹ - VINEY (G) et Jourdain (P), Traité du droit civil, les conditions de la responsabilité, 2è édition, L.G.D.J, p 396 et s.

² - Pierre COUVROT, Les agences de voyages en droit français, L.G.D.J, 1967, p. 19.

- Luc BIHL, Droit des hôtels restaurants et camping, Librairies techniques, Paris, 1981, p.34.

- فوزي عطوي، السياحة والتشريعات السياحية والفندقية في لبنان والبلاد العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، 654.

³ - صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهريّة في العلاقة التعاقدية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2001، ص 176.

⁴ - عابد فايد عبد الفتاح فايد، الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية في ضوء قواعد حماية المستهلك، دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 23.

- وجود خطر يهدد السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين.

- أن يكون أمر الحفاظ على أحد المتعاقدين موكولا إلى المتعاقد الآخر.

- أن يكون المدين بالالتزام بضمان السلامة محترفا¹.

وإذا ما تأملنا هذه الشروط نجدها تنطبق على العلاقة العقدية بين الشركة السياحية والسائح وخاصة في الرحلات الشاملة، فالشركة لا تكون مسؤولة عقديا في مواجهة السائح عن الإخلال بضمان السلامة إلا إذا وجد خطر يهدد سلامة السائح الجسدية، كما أن الحفاظ على سلامة السائح يكون موكولا للشركة السياحية. إلا أنه يجب ملاحظة أن السائح في عقد الرحلة لا يكون خضوعه خضوعا كليا بحيث سيطرته تماما على سلامته الجسدية، كما هو الأمر بالنسبة لبعض العقود، كعقد العلاج الطبي حيث أن المريض يوكل إلى الطبيب المحافظة على سلامته الجسدية بشكل كامل، بل هو خضوع نسبي أي من الناحية الاقتصادية فقط، على اعتبار أن السائح في عقد الرحلة يعد هو الطرف الضعيف اقتصاديا، أما فيما يتعلق بشرط الاحتراف فواضح أن الشركة السياحية تعد محترفا لما تملكه من خبرة ودراية فيما يتعلق بتنظيم الرحلات بما يمكنها من ممارسة نشاطها على الوجه المطلوب². لكن السؤال الذي يطرح هنا، ما هو النطاق الزمني لالتزام الشركة السياحية بضمان السلامة؟ وللجواب على هذا السؤال نقول بأن النطاق الزمني للالتزام بضمان السلامة يرتبط بالتكييف القانوني لعقد الرحلة:

ففي الرحلات السياحية الفردية والتي يكيف فيها عقد الرحلة في الغالب بأنه عقد وكالة، فهنا الشركة السياحية ترتبط بعقدين، الأول مع السائح وهو عقد الوكالة، والثاني مع مقدم الخدمات السياحية كالناقل أو صاحب الفندق، ومن ثم فالشركة السياحية في هذه الحالة لا تكون ملزمة بضمان السلامة بل أن الملتزم هنا هو صاحب الفندق أو الناقل.

أما إذا كيف العقد على أنه عقد نقل أو وكالة بالعمولة بالنقل فإن الشركة السياحية تكون ملزمة بضمان سلامة السائح أثناء مدة تنفيذ عملية النقل. أي من لحظة شروع السائح بالصعود

¹ - للمزيد حول شروط الالتزام بضمان السلامة ينظر: عبد الله اقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، نحو نظرية عامة، الطبعة الأولى، 2010، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 229.

² - أحمد حسن كاظم المسعودي، المسؤولية العقدية للشركات السياحية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص 80.

لوسيلة النقل حتى نزوله منها. وفي حالة ما إذا كانت الرحلة شاملة، فإن غالبية الفقه ذهب إلى أن عقد الرحلة الشاملة هو عقد مقاوله، وبالتالي فالنطاق الزمني للالتزام بالضمان في هذه الحالة يكون أوسع، فهو يبدأ من لحظة انطلاق الرحلة ويستمر أثناء تنفيذها وينتهي بانتهائها. بمعنى آخر إن الشركة السياحية تكون ملزمة بضمان سلامة السائح في جميع مراحل الرحلة من نقل وإقامة بالفندق وزيارة للأماكن السياحية إلى غير ذلك من المحطات الأخرى¹.

وبالرجوع إلى الموقف التشريعي من الالتزام بضمان السلامة في عقد الرحلة، نجد أن التشريعات المقارنة اختلفت فيما بينها حول هذا الموضوع. فبالنسبة للمشرع المغربي، فقد نظم الشركات السياحية من خلال القانون 11.16 المتعلق بالنظام الأساسي لوكالات الأسفار²، الذي أكد على ضرورة امتثال وكلاء الأسفار للنصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة على الخصوص بحرية الأسعار والمنافسة والشغل وحماية المستهلك والبيئة³.

فالمادة 20 من القانون 11.16 تنص على أنه: "يعتبر كل شخص ذاتي أو اعتباري يقوم بالعمليات المنصوص عليها في المادة 1 أعلاه⁴، مسؤولاً إزاء زبائنه عن حسن تنفيذ الالتزامات

1 - تجدر الإشارة هنا إلى أن الفقه قد اختلف حول مسألة الأساس القانوني للالتزام بالسلامة، فمنهم من ذهب إلى أن هذا الالتزام يجد أساسه في مبدأ حسن النية والذي نصت عليه المادة 231 من ق. ل. ع، بينما ذهب آخرون إلى أن أساسه هي مستلزمات العقد والتي نصت عليها نفس المادة، وهناك من يرى أن أساسه هو أن المتضرر يفقد حقه في ممارسة خيارات سلامته الجسدية.

2 - ظهير شريف رقم 1.18.107 صادر في 2 جمادى الأولى 1440 (9 يناير 2019) بتنفيذ القانون رقم 11.16 المتعلق بتنظيم مهنة وكيل الأسفار. ج. ر عدد 6746 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1440 (24 يناير 2019)، ص 203.

3 - المادة 23 من القانون 11.16.

4 - المادة 1 من القانون 11.16: " يقصد في مدلول هذا القانون بوكيل الأسفار، كل شخص ذاتي أو اعتباري يقوم بصورة اعتيادية، قصد الحصول على ربح، بالعمليات التالية أو يساعد على القيام بها، وذلك কিفما كانت كييفيات أداء أجره:

أ. تنظيم أو بيع أسفار أو مقامات فردية أو جماعية.

ب. تنظيم أو بيع خدمات يمكن أن تقدم بمناسبة أسفار أو مقامات، ولا سيما حجز سندات النقل وتسليمها وإيجار وسائل النقل لحساب زبائنه وحجز غرف بمؤسسات الإيواء السياحي وتسليم سندات الإيواء أو الإطعام أو هما معا.

ج. تنظيم خدمات مرتبطة بالاستقبال السياحي أو بيعها، ولا سيما تنظيم مدارات سياحية أو زيارات المدن أو المواقع أو المآثر التاريخية وبيع خدمات المرشدين السياحيين.

الناجمة عن العقد سواء كان عليه أن ينفذها شخصيا أو بواسطة مقدمي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع عليهم. غير أنه يجوز له التبرؤ من مسؤوليته إذا أتى بما يثبت أن عدم تنفيذ العقد كلا أو جزءا يرجع إما إلى الزبون وإما إلى عنصر غير متوقع لا يمكن التغلب عليه ناتج عن شخص لا علاقة له بتقديم الخدمات المنصوص عليها في العقد، وإما إلى حالة قوة قاهرة¹.

هذه المادة تلزم وكلاء الأسفار بحسن تنفيذ التزاماتهم إزاء زبائنهم، ويدخل ضمنها ضمان سلامتهم الجسدية خلال تنقلهم عبر المسار السياحي الذي اختاروه². وهو التزام يمكن اعتباره نقطة تقاطع لكل الالتزامات المفروضة على وكالة الأسفار، ومن قبيل ذلك التزامها بكافة الاحتياطات الضرورية لضمان سلامة السياح وعودتهم راضين عن الرحلة وسالمين³. ومن هنا يمكن القول على أن طبيعة التزام وكالة الأسفار باتخاذ الاحتياط هو في حد ذاته يوازي نفس طبيعة الالتزام بضمان السلامة⁴. فمبدأ الاحتياط يتم آليات الالتزام بضمان السلامة، إذ

د. إنتاج خدمات سياحية جزافية، كما تم تعريفها في المادة (2) أدناه أو بيعها، وكذا تنظيم جميع الأنشطة المرتبطة بتنظيم المؤتمرات أو التظاهرات الرياضية أو الفنية أو الثقافية أو الترفيهية أو تظاهرات مماثلة، إذا كانت جميع هذه الأنشطة تشمل مجموع الخدمات المنصوص عليها في البنود (أ) و(ب) و(ج) من هذه المادة أو بعضها.

ه. بيع المنتجات أو الخدمات الواردة في البنود (أ) أو (ب) أو (ج) أو (د) من هذه المادة باسم وكيل أو عدة وكلاء للأسفار ولحسابهم.

و. بيع المنتجات أو الخدمات المقدمة من طرف واحدة أو أكثر من مؤسسات الإيواء السياحي أو المطاعم السياحية أو الناقلين السياحيين أو المرشدين السياحيين، وذلك باسمهم ولحسابهم.

يمكن لوكلاء الأسفار إنجاز العمليات المنصوص عليها في هذه المادة عن بعد أو بوسيلة إلكترونية، مع التقيد بالنصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

¹ - كما هو الشأن بالنسبة لجائحة كورونا هذه السنة التي حالت دون تنفيذ الوكالات السياحية لالتزاماتها التعاقدية إزاء المستهلكين نظرا لإغلاق الحدود والفنادق وتوقف الأنشطة الاقتصادية عامة.

² - Patrice JOURDAIN, La responsabilité contractuelle des agences des voyages du faits des prestataires de services auxquels elles ont recours, RTD. Civ, 88, Octobre/Décembre, 1989, p. 754.

³ - سفيان ادريوش، المسؤولية المدنية لوكالات الأسفار والسياحة اتجاه زبائنهم، دراسة مقارنة على ضوء القانون الجديد المنظم لوكالات الأسفار، الطبعة الأولى، 2001، ص 65.

⁴ - حمزة أنوي، مبدأ الاحتياط في عقود الخدمات السياحية، عقود الرحلات نموذجاً، مداخلة ضمن أشغال اليوم الدراسي حول: ضمانات حماية المستهلك الخدمات السياحية، قراءة في القانون 31.08 والممارسة القضائية والعملية (الحق في الإعلام، الحق في الاختيار، الحق في الرجوع)، كلية الحقوق، جامعة الحسن الأول، سطات، 16 ماي 2012، ص 59-73.

مع ظهور أدوات قانونية أخرى لتحقيق سلامة المنتجات والخدمات، وجب التنسيق بينها وبين الالتزام بالسلامة، ومن أهم الأدوات الحديثة في هذا المجال "مبدأ الاحتياط"، ونشير هنا إلى القرار المدني الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 ماي 1946، والذي أشار بشكل واضح على أن: "الفندقي لا يلتزم بإخراج زبونه من مؤسسته سليماً معافى، وإنما فقط يلتزم بمراعاة قواعد العناية والمراقبة التي تستلزمها سلامة مستهلك الخدمة السياحية، فهذا الأخير يعد ضحية حادثة مادية، ويتعين عليه إثبات أن الضرر الذي تعرض له كان نتيجة نقص في الرعاية والمراقبة التي يلتزم بها الفندقي، والحجة تكون سهلة عندما تكون الأماكن والأدوات ملوثة"¹.

ولا يمكن للمهنيين في هذا القطاع دفع مسؤوليتهم إلا في حالات مذكورة على سبيل الحصر في نص المادة أعلاه. وإذا لم يوفوا ببعض أو مجموع الالتزامات المبرمة مع زبائنهم أو مقدمي الخدمات فسيواجهون بعقوبات متدرجة حسب نوع المخالفة، والتي قد تصل إلى سحب الإدارة الوصية للرخصة الممنوحة لوكيل الأسفار. وهو ما جاء في نص المادة 27 من نفس القانون². ومن زاوية أشمل، فالقانون عهد إلى الجامعة الوطنية لوكالات الأسفار، من خلال المادة 26 منه، بالعديد من المهام التي من شأنها تطوير القطاع السياحي وفي مقدمتها صيانة التقاليد المرتبطة بصفات الاستقامة والأخلاق في حظيرة المهنة ووضع ميثاق شرف يحددها تتم المصادقة عليه في جمع عام وتصادق عليه الإدارة الوصية.

أما التشريع الفرنسي، فقد نظم الالتزام بضمان سلامة السائح في القانون رقم 645 لسنة 1992 المتعلق بنشاطات وكالات السياحة والسفر، وذلك في المادة 23 منه، حيث نصت بأن

¹ - Cass. Civ, 6 mai 1946, JCP G, 1946, II, 3236, note Rodière.

- C.A. Douai, 3^e chambre, 19 mai 2011 : "Les restaurateurs sont tenus d'une obligation contractuelle de moyens afin d'assurer la sécurité de leurs clients". Le client est donc tenu de rapporter la preuve du manquement du restaurateur à son obligation de sécurité.

² - المادة 27 من القانون 11.16: "يترتب على كل مخالفة في مزاولة نشاط وكيل الأسفار تطبيق العقوبات الإدارية التالية، حسب جسامة المخالفة:

أ. الإنذار

ب. التوبيخ

ج. السحب المؤقت للرخصة

د. السحب النهائي للرخصة

تحدد بنص تنظيمي كليات الإنذار والتوبيخ والسحب للرخصة والسحب النهائي للرخصة".

وكالات السياحة والسفر تكون ملزمة بضمان تنفيذ الرحلة وضمان تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الرحلة، ومن بين هذه الالتزامات الالتزام بضمان السلامة.

وقد كان للقضاء الفرنسي الدور البارز في التأكيد على الالتزام بضمان السلامة، وفي هذا الخصوص ذهب القضاء الفرنسي إلى مسؤولية وكالة السياحة والسفر التي نظمت رحلة إلى جنوب مصر عن الحادث الذي أصاب زوجين في طريقهما إلى الأقصر. حيث جاء في حيثيات الحكم أن وكالة السياحة والسفر المنظمة للرحلة لم تضع في اعتبارها توفير إجراءات السلامة ولا الحالة السيئة للطريق وبعد المسافة وعدد السائحين الذين كانوا يستقلون المركبة، فضلا عن أن نقل العملاء والجولة السياحية ذاتها قد عهد بها إلى أشخاص لم يكونوا على مستوى المهنة، ناهيك عن تخلف وسائل نقل المصابين إلى المستشفى ونقل الحالات الخطرة إلى بلد الإقامة.¹ وفيما يخص التشريع المصري، نجد أن قانون تنظيم الشركات السياحية المعدل يخلو من نص يشير إلى الالتزام بضمان سلامة السائح وكذلك الحال بالنسبة للوائح التنفيذية، ومع ذلك يمكن القول بأنه لا مانع من إلزام هذه الشركات بضمان سلامة السائح في عقد الرحلة، وذلك استنادا إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود أو إلى مستلزمات العقد.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن الالتزام بضمان السلامة يمتد ليشمل التزام الشركة السياحية بسلامة أمتعة السائح التي عهد بها إلى الشركة، أما بالنسبة للأمتعة التي يبقونها بحوزته فالشركة لا تكون مسؤولة عنها، بل المسؤول هو السائح نفسه. والتزام الشركة بسلامة الأمتعة يقضي بأن تحافظ عليها من السرقة والضياع والتلف وغير ذلك، وهذا الالتزام هو الآخر يكون بتحقيق نتيجة، وعليه فإن سرقة أو فقدان أو تلف هذه الأمتعة يعرض الشركة السياحية للمسؤولية².

¹ - حكم محكمة باريس بتاريخ 5 دجنبر 1980. أورده: ذ. أحمد حسن كاظم المسعودي، م. س، ص 83.
- C.A. Paris du 17 janvier 2005, (Juris-Data n°2005-264303) : la cour d'appel énonce le principe selon lequel le restaurateur contracte avec ses clients venus consommer dans ses locaux ouverts au public (...) une obligation de sécurité le rendant, sauf cas de force majeure ou cause extérieure, responsable des dommages subis par le client pendant le temps de la consommation.
- C.A. Montpellier, Arrêt du 19 mars 2013.

² - أحمد حسن كاظم المسعودي، م. س، ص 84.

ب - التزام المهني بضمان خصوصية المستهلك

يطلق على حق الأفراد في حياتهم الخاصة "الحق في الخصوصية"، ويقصد به حق الفرد في عدم ملاحقة الآخرين لحياته الخاصة. وإذا كان للفرد حق في الخصوصية بأن تكون له خصوصية في حياته ومعاملاته، فإن هناك عددا من الجوانب لها قدر من الخصوصية باعتباره مستهلكا ويتعين حمايتها، مثل حقه في الخصوصية بوصفه مستهلكا إلكترونيا أو في المعاملات المصرفية أو مجال الاتصالات أو الخدمات الطبية. وبالتالي فالطبيعة القانونية لحق المستهلك في الخصوصية تدخل في نطاق الحقوق الملازمة لصفة الإنسان فهي من الحقوق اللصيقة بشخصيته.

1- الخصوصية الجسدية للمستهلك

تحرص مختلف التشريعات المقارنة على حماية الخصوصية الجسدية للمواطنين بصفة عامة، فالدستور المغربي¹ نص في مادته 21 أن "لا يجوز المس بالسلامة الجسدية والمعنوية لأي شخص، في أي ظرف، ومن قبل أي جهة كانت، خاصة أو عامة"، وفي مجال دراستنا نقصد حماية المعطيات الطبية لمستهلكي الخدمات الصحية. فالطبيب يبدأ حياته المهنية بأداء القسم الذي ينص في إحدى نقاطه على "الحفاظ على كرامة الناس وستر عورتهم وكنم سرهم"²، وبالتالي فهو ملزم بمراعاة هذا البعد المهني الأخلاقي³ والقانوني في علاقته م المرضى الذين يطلبون خدماته سواء تعلق الأمر بالقطاع العام أو الخاص. وذلك بالحفاظ على عورات المرضى وستر سوءاتهم وعدم النظر إليها دون حاجة داعية أو ضرورة علاجية. كما أن لهذا الالتزام أساسه الشرعي، فقد دعت الشريعة الإسلامية إلى غض الأبصار وحفظ الفروج. والدليل على ذلك قول الله تعالى "قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك

¹ - ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (9 يوليوز 2011) بتنفيذ نص الدستور. ج. عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011)، ص 3600.

² - قسم أبقرات هو نص عادة ما يقسمه الأطباء قبل مزاولتهم لمهنة الطب. ولا يوجد بصفة عامة ما يجبر الأطباء على هذا القسم بما أن مهنة الطب في هذا العصر محددة بنصوص قانونية. ويعتبر أبقرات، الملقب بأبو الطب وأعظم أطباء عصره، صاحب فكرة هذا القسم الشهير. وتجدر الإشارة أنه توجد على غرار هذا القسم نصوص أخرى تختلف حسب البلدان والهاجس الديني مثل: ميثاق الشرف النقابي العربي، القسم الطبي للمؤتمر العالمي للطب الإسلامي، رابطة الأطباء في فرنسا.

³ - Bernard GLORION, Le consentement et ses aspects déontologique (le consentement aux actes médicaux), Gaz. Pal, 1999 1^{er} semestre, p. 4 s.

أزكى لهم إن الله خبير بما يصنعون، وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدین زینتهن إلا ما ظهر منها"¹. كما أكد المجمع الإسلامي على عدم كشف عورة المريض إلا للضرورة².

أما الأساس القانوني للالتزام الطبيب بحفظ عورة المريض فنجد في التشريعات الطبية المذكورة سالفًا والتي توجب على الطبيب مراعاة الدقة والأمانة في أدائه لعمله. فعلى الطبيب التزام بعدم الكشف عن عورة الطبيب إلا إذا كان ذلك يحول دون القيام بعمله على الوجه الأكمل، فبعض الحالات قد تقتضي أن ينظر الطبيب إلى موضع العلة، وقد يضطر إلى إجراء عملية جراحية في هذا الموضع من جسد المريض، لذلك لا بد من تمكين الطبيب من الكشف عن عورة المريض في حدود الحاجة لذلك³. وإذا كان للطبيب أن يطلع على عورات المرضى بحكم طبيعة عمله، فإن عليه التزاما بعدم الإفصاح عما يراه أو يطلع عليه أو يتوصل إليه من الحالة الصحية لمرضاه. ويسري الالتزام بحفظ أسرار المريض على الأطباء والجراحين وغيرهم من الموظفين الصحيين والصيدالة والقوابل وكل الأشخاص الآخرين الذين لديهم أسرار تخص المرضى.

وقد نصت مختلف التشريعات ذات الصلة بمجال الطب على الالتزام بالسرية إزاء أسرار المرضى، فقد جاء في المادة 43 من قانون مزاولة مهنة الطب أن الطبيب في عيادته الخاصة مسؤول عن سرية المعلومات والسجلات الطبية⁴ للمرضى التي قد يطلع عليها أثناء ممارسة مهامه"، أما إذا تعلق الأمر بالمصحات، فقد جاء في المادة 81 أنه يجب على المدير الطبي للمصحة "أن يضع نظاما يمكن من حماية الأرشيف والمعلومات الطبية ويضمن مراقبة ولوجها. ولا يجوز إخبار المريض بأي معلومة ذات طابع طبي إلا من قبل طبيبه المعالج". ونظرا لانفتاح مهنة الطب على وسائل التواصل الحديثة فقد رخص المشرع من خلال المادة

¹ - الآيتان 30 و31 من سورة النور.

² - يوسف بن عبد الله الأحمد، مقال بعنوان: الاختلاط وكشف العورات في المستشفيات، الواقع والعلاج. www.islamtoday.net (تم تصفحه بتاريخ : 2018-03-22).

³ - إبراهيم عبد الحميد علي، حماية المستهلك، دراسة في قوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني، المصرية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018، ص 379.

⁴ - بقصد بالسجلات أو الملفات الطبية كل الوثائق وصور الأشعة والتقارير الخاصة بالمريض والفحوصات والتحليل، وكل الشهادات التي يدون فيها الطبيب ما توصل إليه من ملاحظات والعلاج المقترح للمريض ومتابعة حالته الصحية والتطورات الحاصلة ومراقبة حالته الصحية.

99 للأطباء بعرض العلاجات والخدمات الصحية عن بعد من خلال مختلف تقنيات التواصل عبر الأنترنت شريطة المحافظة على سرية المعطيات والتقارير المضمنة بالملف الطبي للمريض والمتعلقة بإنجاز العمل الطبي عن بعد.

ونظرا لخطورة المس بخصوصية المستهلك في المجال الطبي، فالقانون الجنائي المغربي¹ فقد نص الفصل 446 على أن "الأطباء والجراحون وملاحظو الصحة، وكذا الصيادلة والمولدات وكل شخص يعتبر من الأمناء على الأسرار بحكم مهنته أو وظيفته، الدائمة أو المؤقتة، إذا أفشى سرا أودع لديه، وذلك في غير الأحوال التي يجيز له فيها القانون أو يوجب عليه فيها التبليغ عنه، يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من ألف ومائتين إلى عشرين ألف درهم². ويتحقق الإفشاء بكل فعل من أفعال البوح، كم يتحقق بالإبلاغ والتسليم، ويتم الإفشاء في الوقت الذي يسمح فيه الطبيب للغير بمعرفة الشيء الذي كان موضوعا للسر المهني، فالسر ينتهك منذ اللحظة التي يتخلّى فيها أمين السر عنه إلى الغير، فالركن المادي يتكون نتيجة للإفشاء بواسطة شخص ملزم بكتمان السر. كما أن المحافظة على السر المهني واجب مفروض على الأطباء ينص عليه أيضا قانون أخلاقيات المهنة الصادر في 8 يونيو 1953 والتي قررت أنه "يجب على الطبيب أن يحافظ كل الحفظ على الأسرار التي يفوه له بها المريض أو تلك التي يتمكن من التعرف عليها من جراء الثقة التي منحت له". ولتحقيق جريمة إفشاء السر المهني الطبي لابد من توفر الأركان التالية:

- فعل الإفشاء.
- أن يكون ما تم إفشاؤه سرا.
- أن يقع الإفشاء من الطبيب أو من في حكمه.
- القصد الجنائي³.

¹ - ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي. ج. ر عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، ص 1253.

² - إلا أن المشرع قد استثنى بعض الحالات التي أجاز فيها إفشاء السر دون أن يرتب عليه أي جزاء جنائي، وهي: التبليغ عن الإجهاض، التبليغ عن أفعال إجرامية أو سوء المعاملة أو الحرمان في حق أطفال دون الثامنة عشرة أو من طرف أحد الزوجين في حق الآخر أو في حق امرأة، الشهادة أمام القضاء.

³ - إبراهيم محمد، المسؤولية الجنائية للطبيب، مقال منشور في مجلة القانون والأعمال، بتاريخ 26 دجنبر 2017.

www.droitentreprise.com (تم تصفحه بتاريخ : 17-01-2018).

2- الخصوصية الإلكترونية للمستهلك

مما لا شك فيه أن تقنية الأنترنت جعلت حياتنا أسهل وأسرع مما كانت عليه في الماضي، فقد سهلت الاتصال وأزالت جميع العوائق المادية للتواصل ونقل المعلومات وسهلت طرق الحصول عليها. كما تمكننا من التقدم للوظائف وتكوين صداقات من خلال شبكات التواصل الاجتماعي. إلا أن القوانين والأنظمة الاجتماعية التي تحمي خصوصية الفرد في الحياة الواقعية قد لا تراعى في الحياة الافتراضية الرقمية. فالبرامج التي يتم من خلالها تشغيل الأنترنت مثل Mozilla fire fox أو Microsoft internet explorer أو غيرها الكثير من برامج التصفح قد توجد بها ثغرات تمكن المخترق Hacker من الوصول إلى بيانات المستخدم الشخصية¹ بسهولة. ومع أن برامج التصفح التابعة للشركات الكبرى تقوم بإصلاح هذه الثغرات فور علمهم بها وإجراء التحديثات اللازمة سواء من طرف المستخدم نفسه أو من خلال التحديث التلقائي، إلا أنه يصعب تقييم المخاطر التي تهدد خصوصية مستهلك هذه الخدمات. إلا أنه ينصح بعملية التحديث من آن لآخر دوريا، والاطلاع على الأخبار والمستجدات الخاصة بأمن المعلومات².

فتقنيات المعلومات الجديدة تساعد على تخزين واسترجاع وتحليل كم هائل من المعلومات والبيانات الشخصية التي يتم تجميعها من طرف المؤسسات الحكومية والخاصة، وبالتالي تظهر تحديات تتمثل أساسا في:

- التناقض بين الحق في الخصوصية وحق الدولة في الاطلاع على شؤون الأفراد لأغراض قد تتناقض مع واجب احترام هذه الخصوصية.
- التناقض بين حق الفرد في الاحتفاظ بأسرارته ومصلحته في الكشف عن تلك الخصوصية ليتمتع بخدمات معينة.

¹ - يقصد بالمعطيات ذات الطابع الشخصي، كل معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعائها، بما في ذلك الصوت والصورة، والمتعلقة بشخص ذاتي معروف أو قابل للتعرف عليه. (المادة 1 من قانون 09.08).

² - رغم أن ذلك ليس في متناول كل مستهلك خدمة الأنترنت، خاصة في دول لا زالت تعاني من الأمية الكلاسيكية فما بالك بالرقمية. الأمر الذي يبين مدى هشاشة خصوصية المستهلك المغربي على هذا المستوى.

-التناقض بين الخصوصية وبين الحق في جمع المعلومات لأغراض البحث العلمي¹.

وقد كانت التوصية الأوروبية رقم 46 لسنة 1995 والمعروفة بتوصية الحياة الخاصة والمصادق عليها من البرلمان والمجلس الأوروبيين في 24 أكتوبر 1995 والتي تحمي إنشاء بطاقات البيانات الشخصية وتجميع وربط البطاقات المتفرقة على مختلف الحواسيب المتصلة، قد نصت على حق الأشخاص الذين لهم بطاقات بيانات في معرفة هوية المسؤول الذي يقوم بعمليات معالجة البيانات والغرض من المعالجة، كما تضمن لهم الحق في تعديل معلومات البطاقة التي قد تكون غير صحيحة أو غير كاملة. كمل يقع على المسؤول عن معالجة البيانات الشخصية اتخاذ الإجراءات الفنية والتنظيم المناسب لحماية هذه البيانات الشخصية ضد التخريب والإتلاف والإفساد والنشر والدخول غير المسموح به.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فقد أحاط الحق في الخصوصية بالعديد من الضمانات القانونية تدرج أهميتها بدءا بدستور 2011 الذي نص في المادة 24 منه أنه "لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة... لا تنتهك سرية الاتصالات الشخصية، كيفما كان شكلها. ولا يمكن الترخيص بالاطلاع على مضمونها أو نشرها، كلا أو بعضا- أو باستعمالها ضد أي كان، إلا بأمر قضائي، ووفق الشروط والكيفيات التي ينص عليها القانون..."، وكذلك المادة 27 التي قررت أن "للمواطنين والمواطنين حق الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارة العمومية والمؤسسات المنتخبة والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام. ولا يمكن تقييد هذا الحق إلا بمقتضى القانون، بهدف حماية... الحياة الخاصة للأفراد..."

وكذلك القانون الجنائي الذي قرر من خلال الفصل 1-2447 عقوبة الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من 2.000 إلى 20.000 درهم في حق كل من قام عمدا، وبأي وسيلة بما في ذلك الأنظمة المعلوماتية، بالتقاط أو تسجيل أو بث أو توزيع أقوال أو معلومات صادرة بشكل خاص أو سري، دون موافقة أصحابها. وقد ترتفع هذه العقوبة، حسب

¹ - إبراهيم عبد الحميد علي، م. س، ص 400.

² - تمت إضافة هاذين الفصلين بمقتضى المادة 5 من القانون 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء (ظهير شريف رقم 19.18.1 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 الموافق ل 22 فبراير 2018، ج. ر عدد 6655، ص 1449).

المادة 2-447، إلى الحبس من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات مع الإبقاء على نفس الغرامة المالية السابقة، في حق من قام بأي وسيلة بما فيها الأنظمة المعلوماتية، ببيت أو توزيع تركيبة مكونة من أقوال شخص أو صورته، دون موافقته، أو قام ببيت أو توزيع اعاءات أو وقائع كاذبة، بقصد المس بالحياة الخاصة للأشخاص أو التشهير بهم.

أما القانون 08.09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي¹، فقد منع القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي إلا إذا كان الشخص المعني قد عبر بما لا يترك مجالا للشك عن رضاه عن العملية أو مجموع العمليات² المزمع إنجازها، كما لا يمكن إطلاع الأغيار على المعطيات ذات الطابع الشخصي الخضعة للمعالجة إلا من أجل الغايات المرتبطة مباشرة بوظائف المفوت والمفوت إليه ومع مراعاة الرضى المسبق للشخص المعني، مع مراعاة الاستثناءات المقررة قانونا³.

ودعما لشفافية معالجة هذه المعطيات الخاصة، ألزم المشرع المسؤول عن المعالجة أو من يمثله إخبار كل شخص تم الاتصال به مباشرة قصد تجميع معطياته الشخصية إخبارا صحيحا مسبقا وصريحا ولا يحتمل اللبس بالعناصر التالية، ماعدا إذا كان على علم مسبق بها:

- هوية المسؤول عن المعالجة وعند الاقتضاء هوية ممثله.

- غايات المعالجة المعدة لها المعطيات.

- كل المعلومات الإضافية، مثل : المرسل إليهم، أو فئات المرسل إليهم، مع إذا كان الجواب على الأسئلة إجباريا أو اختياريًا وكذا العواقب المحتملة لعدم الجواب، وجود حق الولوج إلى المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به وتصحيحها. حيث بالنظر إلى الظروف الخاصة

¹ - ظهير شريف رقم 1.09.15 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي. ج. ر عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009).

² - كل عملية أو مجموعة من العمليات تنجز بمساعدة طرق آلية أو بدونها وتطبق على معطيات ذات طابع شخصي، مثل التجميع أو التسجيل أو التنظيم أو الحفظ أو الملاءمة أو التغيير أو الاستخراج أو الاطلاع أو الاستعمال أو الإيصال عن طريق الإرسال أو الإذاعة أو أي شكل آخر من أشكال إتاحة المعلومات، أو التقريب أو الربط البيني وكذا الإغلاق أو المسح أو الإتلاف. (المادة 1 من قانون 09.08).

³ - المادة 4 من قانون 09.08.

التي تم فيها جمع هذه المعطيات، تكون هذه المعلومات ضرورية للقيام تجاه الشخص المعني بمعالجة نزيهة لهذه المعطيات.

- في حالة جمع المعلومات في شبكة مفتوحة، يجب على الشخص المعني أن يعلم بالأمر، ما لم يكن على علم مسبق بأن المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به يمكن أن تتداول في الشبكات دون ضمانات السلامة وأنها قد تتعرض للقراءة والاستعمال من لدن لأغيار غير مرخص لهم¹.

ومن أجل الحفاظ على السرية وسلامة المعالجات والسر المهني، فقد أوجبت المادة 23 على المسؤول عن المعالجة القيام بالإجراءات التقنية والتنظيمية الملائمة لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي من الإتلاف العرضي أو غير المشروع أو الضياع العرضي أو التلف أو الإذاعة أو الولوج غير المرخص، خصوصا عندما تستوجب المعالجة إرسال معطيات عبر شبكة معينة، وكذا حمايتها من أي شكل من أشكال المعالجة غير المشروعة. ويجب أن تتضمن هذه الإجراءات مستوى ملائما من السلامة بالنظر إلى المخاطر التي تمثلها المعالجة وطبيعة المعطيات الواجب حمايتها وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار التقنيات المستعملة في هذا المجال والتكاليف المترتبة عن القيام بها. وعندما تجري المعالجة لحساب المسؤول عن المعالجة، يجب على هذا الأخير اختيار معالج من الباطن يقدم الضمانات الكافية بالنظر إلى إجراءات السلامة التقنية والتنظيمية المتعلقة بالمعالجة الواجب القيام بها، ويسهر كذلك على احترام هذه الإجراءات².

ولضمان خصوصية المعطيات الخاصة والحساسة للمستهلكين يتخذ المسؤولون عن معالجتها مجموعة من الإجراءات الملائمة بغرض:

- الحيلولة دون ولوج أي شخص غير مأذون له إلى المنشآت المستعملة لمعالجة هذه المعطيات (مراقبة دخول المنشآت).

¹ - المادة 5 من القانون 09.08.

² - ولهذا يتم تنظيم عملية المعالجة من الباطن بموجب عقد أو محرر قانوني يربط المعالج من الباطن بالمسؤول عن المعالجة وينص خصوصا على ألا يتصرف المعالج من الباطن إلا بتعليمات من المسؤول عن المعالجة وعلى تقيده كذلك بالالتزامات المنصوص عليها في البند السابق.

- الحيلولة دون قراءة أو نسخ أو تعديل أو سحب دعامات المعطيات من قبل أشخاص غير مأذون لهم (مراقبة دعامات المعطيات).
- الحيلولة دون الإدخال غير المأذون به وكذا التعرف على معطيات ذات طابع شخصي تم إدراجها أو تغييرها أو الحذف غير المأذون به لهذه المعطيات (مراقبة الإدراج).
- منع استعمال أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات بواسطة معدات إرسال معطيات من قبل أشخاص غير مرخص لهم (مراقبة الاستعمال).
- ضمان ولوج الأشخاص المرخص لهم فقط إلى المعطيات المعنية بالإذن (مراقبة الولوج).
- ضمان التحقق من الهيئات التي يمكن أن تنتقل المعطيات ذات الطابع الشخصي إليها عبر معدات إرسال معطيات (مراقبة الإرسال).
- ضمان إمكانية المراجعة البعدية لطبيعة المعطيات ذات الطابع الشخصي التي تم إدخالها ولصالح من تم ذلك، وذلك في أجل يلائم طبيعة المعالجة ويحدد في النصوص التنظيمية المطبقة على كل قطاع على حدة (مراقبة الإدخال).
- منع قراءة واستنساخ أو تغيير أو حذف معطيات ذات طابع شخصي أثناء إرسال المعطيات أو دعامات المعطيات، بدون إذن (مراقبة النقل).

وفي ذات السياق، فالمادة 12 من القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية¹ تسعف مقدمي الخدمات لاستعمال وسائل التشفير لضمان تبادل المعطيات القانونية بطريقة إلكترونية أو تخزينها أو هما معا، بكيفية تمكن من ضمان سريتها وصدقيتها، ويراد بوسيلة التشفير كل عتاد أو برمجية أو هما معا، ينشأ أو يعدل من أجل تحويل معطيات سواء كانت عبارة عن معلومات أو إشارات أو رموز استنادا إلى اتفاقيات سرية أو من أجل إنجاز عملية عكسية لذلك بموجب اتفاقية سرية أو بدونها. ولا تقتصر حماية خصوصية المعطيات الشخصية على التراب الوطني بل تمتد خارج المغرب، فالمادة 43 تمنع المسؤول عن المعالجة

¹ - ظهير شريف رقم 1.07.129 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية. ج. ر عدد 5744 بتاريخ 24 جمادى الآخرة 1430 (21 ماي 2009).

من نقل تلك المعطيات إلى دولة أجنبية إلا إذا كانت هذه الدولة تضمن مستوى حماية كاف للحياة الشخصية والحريات والحقوق الأساسية للأشخاص إزاء المعالجة التي تخضع لها هذه المعطيات أو قد تخضع لها.

ويترتب عن الإخلال بالمقتضيات التشريعية السالفة الذكر، ودون المساس بالمسؤولية المدنية تجاه الأشخاص الذين تعرضوا لأضرار نتيجة المخالفة، عقوبات تتمثل في:

- الغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم في حق كل من أنجز ملف معطيات ذات طابع شخصي دون التصريح بذلك أو الحصول على الإذن المنصوص عليه في المادة 12 من القانون 09.08، أو واصل نشاط معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي رغم سحب وصل التصريح أو الإذن¹.
- غرامة من 20.000 درهم إلى 200.000 درهم عن كل مخالفة كل مسؤول عن معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي يرفض حقوق الولوج أو التصريح أو التعرض المنصوص عليها في المواد 7 و 8 و 9².
- الحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 200.000، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من قام بخرق أحكام (أ - ب) و - (ج) من المادة 3 من هذا القانون بجمع معطيات ذات طابع شخصي بطريقة تدليسية أو غير نزيهة أو غير مشروعة، أو أنجز معالجة لأغراض أخرى غير تلك المصرح بها أو المرخص لها، أو أخضع المعطيات المذكورة لمعالجة لاحقة متعارضة مع الأغراض المصرح بها أو المرخص لها³.
- الحبس من 3 أشهر إلى سنة وغرامة من 20.000 درهم إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط: كل من احتفظ بمعطيات ذات طابع شخصي لمدة

1 - المادة 52.

2 - المادة 53.

3 - المادة 54.

تزيد عن المدة المنصوص عليها في النصوص التشريعية الجاري بها العمل أو المنصوص عليها في التصريح أو الإذن¹.

- الحبس من 6 أشهر إلى سنتين وغرامة من 50.000 درهم إلى 300.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من قام، دون الموافقة الصريحة للأشخاص المعنيين، بمعالجة معطياتهم الشخصية التي تبين بشكل مباشر أو غير مباشر الأصول العرقية أو الإثنية، والآراء السياسية أو الفلسفية أو الدينية، أو الانتماءات النقابية للأشخاص المعنيين أو المتعلقة بصحة هؤلاء².

أما في حالة العود فتضاعف العقوبات المنصوص عليها³.

وتتدرج العقوبات⁴ حسب درجة خطوة الخرق الذي تعرضت له المعطيات الشخصية لمستهلكي الخدمات والمنتجات، وقد تطرق لها المشرع ضمن هذا القانون، بشكل مفصل يحيل إلى قدسية الحياة الخاصة للأشخاص، ويتوافق مع تصنيف هذا الحق ضمن الحقوق الجوهرية للمستهلك في علاقته مع المهنيين.

3- الخصوصية المصرفية للمستهلك

تلعب الأبنك دورا كبيرا في خلق الائتمان وتوزيعه من أجل دعم نشاط المشروعات الاقتصادية، والائتمان يفترض الثقة، والثقة لا تقوم إلا في إطار من الكتمان. يضاف إلى ذلك أن الأبنك عندما تقوم بوظيفتها المصرفية، فإنها تجذب أنواعا مختلفة من عملائها تجارا أو أشخاصا عاديين يتعاملون معها في كافة الأعمال المصرفية وتطلع على العديد من أسرارهم. والوسيلة الفعالة لحماية هؤلاء هي حظر إفشاء أسرارهم المصرفية، وإلا تعرض المخالف للمسؤولية القانونية. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن هناك مصالح أخرى تكون أولى بالرعاية من حماية العميل نفسه. ولما كانت الأحكام تدور مع عللها وجودا وعدما، فإنه ينبغي

1 - المادة 55.

2 - المادة 57.

3 - المادة 65.

4 - انظر باقي العقوبات ضمن الباب السابع من القانون 09.08 (من المادة 51 إلى المادة 66).

تحديد الحالات التي يجوز فيها إفشاء السر المصرفي دون أن يتعرض المخالف للمسؤولية القانونية لتبیین الحكمة من هذه الحالات المستثناة والمصلحة التي تتحقق من ورائها¹.

فالكتمان المصرفي مظهر من مظاهر حماية الحرية الشخصية للأفراد بمناسبة نشاطهم الاقتصادي، وهي حماية تقوم على أسس قانونية وتمليها اعتبارات سياسية واقتصادية واجتماعية، ذلك أن للفرد مطلق الحرية في حدود القانون بأن يمارس نشاطه الاقتصادي المشروع وأن يحتفظ لنفسه بذمته المالية وتفصيلاتها دون أن يتعرض له أحد إلا وفقا للقانون. وبالتالي فمن حق مستهلك الخدمات البنكية أن يحرص على إخفاء أموره المتعلقة بذمته المالية بعيدا عن متناول الغير. إلا أن الضرورات قد تضطره إلى أن يعهد بأسراره المالية إلى مؤسسات معينة كالمصارف والبنوك من أجل الحصول على مساعدة أو خدمة معينة، والتي من المفترض حينها أن تكون أماكن آمنة لحماية أموالهم من السرقة أو الضياع وإطلاع الغير عليها.

كما تجدر الإشارة إلى أن الأعمال المصرفية بأشكالها البسيطة قديمة قدم التاريخ الموثق، فقد كانت المصارف في المعابد القديمة تستقبل الودائع لما يوليها الناس من ثقة مطلقة وما يحيطها من قداسة واحترام. لذلك فالنشاط المصرفي كان نشاطا مقدسا تحوطه هالة من الكتمان والسرية، لأنه كان يتم باسم الآلهة ولحساب الآلهة، وكل ما يتصل بالآلهة يعتبر سرا لا يجوز الإفصاح عن كنهه ولا يجرؤ أحد على التعرف على ماهيته وإلا أصابته اللعنة. وكذلك الأمر بالنسبة للفراعنة والسومريين والبابليين (قانون حمورابي) والفينيقيين والإغريق والرومان².

بالنسبة للمشرع المغربي، فقد جاء في المادة 79 من ظهير 14 فبراير 2006³، "يلزم بكتمان السر المهني جميع الأشخاص الذين يشاركون ، بأي وجه من الوجوه، في إدارة مؤسسة انتمان أو تسييرها أو تدبيرها أو يكونون مستخدمين لديها أو أعضاء المجلس الوطني للانتمان والادخار ولجنة مؤسسات الانتمان واللجنة التأديبية لمؤسسات الانتمان ولجنة التنسيق بين

¹ - بوزيدي إلياس، السرية في المؤسسات المصرفية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص 3.

² - للمزيد حول تاريخ السر المصرفي، انظر: بوزيدي إلياس، م. س، ص 4 وما يليها.

³ - ظهير شريف رقم 1-05-178 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 34-03 المتعلق بمؤسسات الانتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها.

أجهزة الرقابة بالقطاع المالي والأشخاص المكلفون ولو بصفة استثنائية بأعمال تتعلق بمراقبة المؤسسات الخاضعة لرقابة بنك المغرب عملا بهذا القانون وبوجه عام كل شخص يدعى، بوجه من الوجوه، للاطلاع على المعلومات المتعلقة بالمؤسسات المذكورة أو لاستغلالها وذلك فيما يتعلق بجميع القضايا التي ينظرون فيها بأي صفة كانت تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في الفصل 446 من القانون الجنائي¹. وتضيف المادة 80 منه أنه "زيادة على الحالات المنصوص عليها في القانون، لا يجوز الاحتجاج بالسر المهني على بنك المغرب والسلطة القضائية في إطار مسطرة جنائية". كما أصدر بنك المغرب قرارا يلزم الأبنك وشركات القروض الصغرى والكبرى بتقديم مجموعة من المعلومات عن الزبائن من قبيل بطاقتي الوضعية المالية والهوية، وجردا مفصلا عن العمليات المالية المنجزة والقروض المحصلة ومبالغ التسديد بالإضافة إلى مصادر المداخل².

ونعتقد أن كلا من المادة 80 وقرار بنك المغرب³، يناقضان مطلب السرية التي يفترض أن تتمتع بها حسابات زبناء هذه المؤسسات المالية⁴، حيث يجب الاقتصار على رفع السرية، وبعد إذن قضائي، عن الزبناء موضوع شبهة جنائية معينة بدل إطلاق يد بنك المغرب في استقبال وتجميع كل المعطيات عن كل الزبناء، كما أن هذا الوضع قد يفرز نتائج اقتصادية عكسية كتراجع الادخار لدى زبائن المصارف وتفضيلهم الاحتفاظ بأموالهم في بيوتهم، مما سينعكس على نسب الاستثمار الوطني بصفة عامة.

وتشير غالبية الدراسات التي تهتم بالبنوك إلى البنوك السويسرية والأمريكية كنموذجين لتطور السرية المصرفية التي تعتبر من الأعراف الراسخة في سويسرا التي هي من أكثر الدول التزاما بتحقيق السرية الكاملة للحسابات المصرفية برغم عدم وجود نص يعاقب على

1 - الفصل 446 من القانون الجنائي: "...كل شخص يعتبر من الأمناء على الأسرار، وبحكم مهنته أو وظيفته، الدائمة أو المؤقتة، إذا أفشى سرا أودع لديه، ... يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من ألف ومائتين إلى عشرين ألف درهم".

2 - تتكلف مصلحة مركزة الحسابات البنكية ببنك المغرب بتجميع مجموع العمليات المتمثلة في فتح الحسابات البنكية وتغييرها وإغلاقها، وذلك بناء على تصريحات المؤسسات الخاضعة. وبالمقابل، فهي تؤكد على كونها لا تقوم بتتبع أو تسجيل أية معلومات عن العمليات المنجزة على هذه الحسابات أو على أرصدها.

3 - وكذلك المادة 81 التي تجيز لأعضاء "الجنة التنسيق بين أجهزة الرقابة على القطاع المالي" تبادل المعلومات فيما بينهم حول أنشطة الرقابة التي يضطلعون بها وحول المؤسسات الخاضعة لمراقبتهم.

4 - رغم أن المقصد الرئيسي من هذا القرار حسب المختصين هو، ضبط الأموال المشبوهة الآتية من بعض الجهات الخارجية أو الداخلية لدعم أنشطة تخريبية أو تبييض الأموال.

إفشاء البنوك لأسرار عملائهم حتى 8 نونبر سنة 1934¹، إلا أن القانون المدني السويسري، الذي يتميز بدرجة عالية من احترام الفرد وحقوقه الشخصية وحماية السرية، قد أقر حق الأفراد في الخصوصية المالية ورتب مسؤولية البنك عن إفشاء أسرار العملاء. وكذلك القانون الفيدرالي للأبنك وصناديق الادخار²، والقانون الجنائي الذي رصد عقوبات لزجر إفشاء السر المصرفي. ولقد شجعت تلك السرية على إيداع الكثير من الودائع الأجنبية بالبنوك السويسرية، لكن الضغوط الدولية جعلت القانون السويسري يضع استثناءات لهذا المبدأ، أي أنه يمكن رفع السرية عن الحسابات المشبوهة متى كان البلاغ يستند إلى أسباب معقولة كارتكاب جرائم مثلاً.

أما بالنسبة للنظام الأمريكي، فقد ارتبط فيه مفهوم السرية المصرفية بمسألة التهرب الضريبي من ناحية، وبمحاربة الأنشطة غير المشروعة عبر المؤسسات في الولايات المتحدة الأمريكية من ناحية أخرى، كالمخدرات وعمليات غسيل الأموال. فبعد أحداث 11 سبتمبر 2001 اهتمت أكثر بتجفيف منابع تمويل الإرهاب وضبط التدفقات المالية عبر الأبنك داخل وخارج الدولة.

كما أصدر المشرع المصري القانون 88 لسنة 2003 الذي تم فيه دمج عدة تشريعات وهي قانون الائتمان والبنوك، وقانون البنك المركزي، وقانون سرية المعاملات في البنوك، وقانون التعامل في النقد الأجنبي، وقانون السماح للقطاع الخاص بتملك جزء من البنوك في تشريع واحد، قرر في المادة 97 منه أن تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنها في البنوك والمعاملات المتعلقة بها سرية، ولا يجوز الاطلاع عليها أو إعطاء بيانات

¹ - آخر تعديل كان بتاريخ 1 يناير 2020.

² - Art.47 : « Est puni de peine privative de liberté de trois ans ou d'une peine pécuniaire celui qui, intentionnellement :

a - révèle un secret à lui confié ou dont il a eu connaissance en sa qualité d'organe, d'employé, de mandataire ou de liquidateur d'une banque ou d'une personne au sens de l'art.1b, ou encore d'organe ou d'employé d'une société d'audit.

b - incite autrui à violer le secret professionnel.

c - révèle un secret qui lui a été confié au sens de la let. a ou exploite ce secret à son profit ou au profit d'un tiers.

La violation du secret professionnel demeure punissable alors même que la charge, l'emploi ou l'exercice de la profession a pris fin ».

عنها إلا بإذن كتابي من صاحبها أو أحد ورثته أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض في ذلك أو بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين، ويظل هذا الحظر حتى ولو انتهت العلاقة بين العميل والبنك. فلم يجعل للالتزام البنك بالسرية حدا زمنيا محددا، بل ألزمه بالحفاظ عليها حتى ولو انتهت العلاقة بينهما. وكما هو الشأن بالنسبة لأغلب التشريعات المصرفية، فقد وضع المشرع المصري بعض الاستثناءات لهذا المبدأ، حيث أن هناك حالات يمكن فيها الإفشاء بالسر المصرفي، وهي تتعلق إما بمصلحة العميل أو ممثليه، أو بمصلحة المصرف، أو الإفشاء بترخيص من القضاء، ومنها ما يتعلق بنص القانون أو بالسلطة العامة¹.

يبقى أن نشير أخيرا أن التراخي أو التشدد في السرية المصرفية له إيجابيات كما له سلبيات، فعلى الرغم من أن الصرامة في السرية تكسب البنك ثقة العملاء وزيادة الائتمان، فإنها تسمح باستقرار الأموال المشبوهة داخل البنك دون ملاحقة.

4- خصوصية الاتصالات بأنواعها

نصت العديد من الدساتير على الحق في الحياة الخاصة وحرمة المراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التلفونية وغيرها من وسائل الاتصال. فالمادة 24 من الدستور المغربي لسنة 2011 تنص على أنه " لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة... لا تنتهك سرية الاتصالات الشخصية، كيفما كان شكلها. ولا يمكن الترخيص بالاطلاع على مضمونها أو نشرها، كلا أو بعضا، أو باستعمالها ضد أي كان، إلا بأمر قضائي، ووفق الشروط والكيفيات التي ينص عليها القانون..."، وقد نصت المادة 26 من القانون 24.96 المتعلق بالبريد والمواصلات² أنه "يتعين على متعهدي الشبكات العامة للمواصلات وعلى مقدمي خدمات المواصلات وعلى مستخدميهم احترام سرية الخطابات المنقولة عبر وسائل المواصلات وشروط حماية الحياة الخاصة والمعلومات الشخصية للمستفيدين، تحت طائلة العقوبات

¹ - إبراهيم عبد الحميد علي، م. س، ص 459.

² - ظهير شريف رقم 1.97.162 صادر في 2 ربيع الآخر 1418 (7 أغسطس 1997) بتنفيذ القانون 24.96 المتعلق بالبريد والمواصلات. ج. ر عدد 4518 بتاريخ 19-09-1997، ص 3721.

المنصوص عليها في المادة 92 أعلاه¹. فهذه الاتصالات ليست إلا ترجمة لأفكار الإنسان وتمس مكنون سره. ولهذا تحرص التشريعات الحديثة على حماية خصوصية المراسلات البريدية لما فيها من مساس بحرية الفكر، كما يعد اعتداء على حق الملكية باعتبار الخطاب مملوك لصاحبه، وانتهاكا للحق في السرية باعتباره من مظاهر الحرية الشخصية، وتشمل سرية المراسلات محتوى الرسالة وأطرافها.

كما اهتم المشرع الفرنسي منذ زمن بعيد، ومن خلال المادة 187 من القانون الصادر 15 ماي 1922، بإلزام العاملين بالبريد بالحفاظ على أسرار الأفراد. وقد سلك القضاء نفس المسلك، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر في 12 يونيو 1979 بمسؤولية رجل البريد الذي قام بتصوير شيك بريدي وإرسال صورة إلى لجنة الدفاع عن حقوق دافعي الضرائب لخروجه عن نطاق مهمته وهي إرساله إلى جهة الصرف.

أما المشرع المصري فقد أدرك قيمة الأسرار البريدية والتلغرافية ورفع تنظيمها القانوني إلى مصاف القواعد الدستورية. أما المحادثات الهاتفية فتتمتع بنفس الحرمة. وقد قضى بحبس المتهم الذي يعمل كتقني في مركز اتصالات لكونه استغل عمله في هذا الموقع والذي يمكنه من معرفة رقم المتحدث تلفونيا، وقام باستراق السمع والتنصت على المحادثات الهاتفية على المجني عليهن مع أصدقائهن، مما يمكنه من معرفة الكثير من أسرارهن الخاصة، مما دفعه ليطالب منهن إقامة علاقة غير مشروعة معه وإلا قام بإفشاء أسرارهن وفضحهن إذا لم يستجبن لرغباته، كما أنه قام بإزعاجهن ليلا بمكالماته دون رغبتهن أو موافقته².

1 - المادة 92: "يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 5.000 إلى 10.000 درهم، كل شخص مرخص له باستغلال خدمة البريد السريع الدولي أو كل مستخدم لديه، قام في نطاق ممارسة مهامه، بفتح أو اختلاس أو تبديد مراسلة أو بإفشاء سر المراسلات أو ساعد على ذلك.

- يعاقب بنفس العقوبة، كل شخص مرخص له بتقديم خدمة في قطاع المواصلات وكل عون من أعوان مستغلي شبكات المواصلات أو مقدمي خدمات المواصلات، قام بأية وسيلة من الوسائل، في نطاق ممارسة مهامه، وفي غير الحالات التي ينص عليها القانون، بخرق سر المراسلات الصادرة أو الموجهة أو المتلقاة عن طريق المواصلات أو أمر بذلك أو ساعد عليه.

- يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبالعقوبة من 5.000 إلى 100.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، أي شخص غير الأشخاص المنصوص عليهم في الفقرتين السابقتين من هذه المادة، ارتكب فعلا من الأفعال المعاقب عليها في هاتين الفقرتين.

- علاوة على العقوبات المنصوص عليها في الفقرات الأولى والثانية والثالثة أعلاه، يعاقب الفاعل بالمنع من مزاوله كل نشاط أو مهنة تدرج في قطاع المواصلات أو في قطاع البريد أو تكون لها علاقة بهما لمدة تتراوح بين سنة وخمس سنوات".

2 - محكمة جنايات القاهرة، القضية رقم 3192 لسنة 1989.

وفي ظل التطور التكنولوجي الحالي، فتقنيات البلوتوث والاتصال عبر الأنترنت... تحتوي على الكثير من الثغرات التي تسهل عمليات التنصت واستراق السمع، الأمر الذي يطرح تحديات حقيقية أمام المنظومة القانونية المغربية في سعيها لضمان خصوصية مستهلكي خدمات الاتصالات بتنوعها.

ج - المسؤولية المدنية الناجمة عن التعدي على خصوصيات المستهلك

نتيجة لما حضي به الحق في الخصوصية من اهتمام في العصر الحديث، فقد أصبح من أهم الحقوق التي تم الاعتراف بها ضمن ثقافات ونظم غالبية الدول والمواثيق الدولية، فقط تطرق له الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية واتفاقيات حقوق الإنسان الدولية والإقليمية وفي دساتير جل دول العالم التي تنص من خلال نصوص صريحة على الحق في الخصوصية ببعدها المادي والمعنوي.

ويقتضي الحديث عن المسؤولية المدنية الناشئة عن المس بحق المستهلك في الخصوصية، التعرض لبعض صور وتطبيقات تلك المسؤولية. كالطبيب والصيدلي والبنكي وشركة الاتصال ومكتب البريد وغيرهم ممن هم ملزمون بحفظ أسرار عملائهم. والتساؤل الذي يفرض نفسه في هذا السياق هو حول طبيعة المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بالالتزام بحفظ الأسرار؟

إن مصدر المسؤولية في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين هو عقد الاستهلاك ذاته، وبالتالي فالمسؤولية هي مسؤولية عقدية. فمسؤولية الطبيب عن إفشاء سر مريضه هي مسؤولية عقدية أساسها العقد الطبي، كما أن مسؤولية البنك هي أيضا مسؤولية عقدية مصدرها العقد المصرفي، وكذلك الأمر بالنسبة لكافة العقود التي تجمع المهنيين بالمستهلكين، وذلك مع افتراض توافر كافة أركان العقد من رضا ومحل وسبب.

فالمسؤولية العقدية للبنك ثابتة إذا أفشى للغير رقم حساب العميل أو رصيد هذا الحساب أو بيانات بتحركات هذا الحساب وترتب عن هذا الإفشاء ضرر للعميل. إلا أنه يمكن للبنك دفع مسؤوليته إذا أثبت أن إفشاء السر كان بناء على طلب العميل، أو أنه تنازل عند فتح الحساب عن حقه في كتمان سره، أو أنه أفشى السر لوكيل العميل الذي يمكنه بموجب عقد الوكالة أن

يطلع على هذا السر، أو أنه أفشى السر للممثل القانوني إذا كان الزبون شخصا معنويا. لكن ذلك لا يحول دون إثارة المسؤولية التقصيرية للمهني إما قبل انعقاد العقد أو بعد انتهائه. فالطبيب يمكن إثارة مسؤوليته التقصيرية مثلا إذا اطلع على أسرار المريض ثم لم ينعقد العقد الطبي لكونه غير متخصص في علاج ما يشكو منه المريض.

وتتمثل أركان المسؤولية الناجمة عن التعدي على خصوصيات المستهلك بوجه عام في الخطأ الموجب للمسؤولية والضرر والعلاقة السببية، فركن الخطأ بالنسبة للمحترف يتمثل في انتهاكه خصوصيات المستهلك. ويتميز الخطأ المدني¹ بأنه مخالفة إما لالتزام ناشئ عن العقد أو لواجب قانوني عام هو واجب عدم المساس بحقوق الآخرين، وهو يختلف عن الخطأ الجنائي الذي يعتبر مخالفة لواجب يفرضه القانون ويعاقب على مخالفته، مع العلم أن دائرة الخطأ المدني أوسع بكثير من دائرة الخطأ الجنائي، كما أن الخطأ المدني ليس له نصوص قانونية تحصره وإنما يتحدد بالنظر إلى سلوك الرجل المعتاد.

والخطأ المدني لا يخرج عن احتمالين: إما إخلال بالتزام عقدي تترتب عنه المسؤولية العقدية، وإما إخلال بالتزام قانوني تنتج عنه المسؤولية التقصيرية، وذلك يتطلب أن يتحرى الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، ولا يلزم لقيام المسؤولية المدنية أن يقع الخطأ عن عمد أو قصد بل يكفي أن يقع عن سهو أو إهمال. أما الضرر فيعد ركنا أساسيا من أركان المسؤولية المدنية، وهو ما يصيب الإنسان في حياته أو سلامته أو البدنية أو سمعته، أو مصالحه المادية فيتلفها أو ينقص من قيمتها. فإذا أمكن افتراض الخطأ في فعل المسؤول، فلا يمكن تصور قيام تلك المسؤولية دون وجود ضرر مادي أو معنوي². غير أن احتمالات وقوع الضرر المعنوي تكون أكبر في هذا السياق وتتمثل غالبا في الحرج والضيق الذي يعانيه المستهلك المضروب من جراء انتهاك خصوصياته. كما يشترط أن يكون الخطأ هو السبب في حدوث الضرر، فإذا انقطعت علاقة السببية بين خطأ المهني والضرر الذي لحق بالمستهلك

¹ - الفصل 78 ق. ل. ع: "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط، ولكن بخطئه أيضا وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر. والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر"

² - الفصل 77 ق. ل. ع: "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر."

انعدمت مسؤولية الأول ولا يحق للأخير الرجوع عليه بأي تعويض. وهذا الأخير له دور هام في تخفيف ألم الضحية أو المعتدى عليه، فهو وسيلة علاجية للضرر الذي أصاب المستهلك من جراء انتهاك خصوصياته، وإن كان دور التعويض يبقى محدودا عندما يتعلق الأمر بالضرر المعنوي.

ويلعب القضاء دورا فعالا في مسألة تقدير التعويض وتحديد الوسيلة المناسبة لجبر الضرر، وهذا أمر لا يثير خلافا بالنسبة للأضرار المادية، أما بالنسبة للأضرار المعنوية، فالصعوبة تكمن في تقديرها، علما بأن الأضرار التي تنشأ عن التعرض لهذا الحق غالبا ما تكون أضرارا معنوية تتجلى في الاعتداء على الاعتبار والكرامة، إلا أن هذه الصعوبة لا تمنع الاستعانة بوسائل من شأنها التخفيف من آثار هذا الضرر ولا سيما تقويمه بالمال. والتساؤل هنا عن مدى جواز تطبيق أحكام المسؤولية الموضوعية على الإخلال بالالتزام بحق المستهلك في الخصوصية؟

تقوم المسؤولية الموضوعية على نظرية تحمل التبعة، فهي تتركز في شخص المسؤول وليس في الأخطاء التي تصدر منه. فإذا تسبب نشاط شخص ما في إحداث ضرر للغير فإنه يلتزم بالتعويض، وذلك لأن الطبيعة الخاصة لبعض الأنشطة يصعب فيها إسناد الخطأ وإثباته إلى المسؤول وفقا للقواعد العامة للمسؤولية، ومن ثم يتم إلقاء المسؤولية على ذلك الطرف لذي مارس نشاطا تسبب في الإضرار بالغير بصرف النظر عن صدور خطأ منه¹.

إلا أن بعض الفقه² يشير إلى صعوبة تطبيق أحكام وقواعد المسؤولية الموضوعية في حال التعدي على خصوصيات المستهلك، فمن غير المتصور أن تقوم مسؤولية المهني دون صدور خطأ من جانبه، ويتمثل ذلك الخطأ في انتهاك خصوصيات المستهلك وهو التعدي على حرمة المستهلك الجسدية في العقد الطبي أو إفشاء أسرارها في مختلف العقود الاستهلاكية سواء التي تطرقنا لها وغيرها. وإن كان الفقه والقضاء الحديث³ قد نادى بتطبيق أحكام المسؤولية

1 - معتز نزيه صادق المهدي، الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 124.

2 - إبراهيم عبد الحميد علي، م. س، ص 481.

3 - Cass. Civ, 30 sept 1997, bull. civ.1, n° 259.

الموضوعية على أرباب المهن لمختلفة كالطبيب والبنك ومنتج أو بائع السلع، كما أخذت به بعض القوانين. كما أن محكمة النقض المصرية قد أخذت بالمسؤولية الموضوعية للبنك حين قضت بتعويض العميل عن الأضرار التي لحقته نتيجة قيام البنك بصرف شيك مزور من حساب عميل، وبيّنت المحكمة هنا أن مسؤولية البنك تقوم على ركن الضرر فقط وليس الخطأ¹.

ثانياً: دور القانون الجنائي في تخليق عقود الاستهلاك

على الرغم من الفوائد الكبيرة التي نتجت عن الاجتهاد في تحفيز المستهلك على التعاقد، والتي تتمثل بالأساس في تيسير الحصول على المعلومات المؤثرة في العملية التعاقدية، فإن ذلك لم يكن بمنأى عن استعمال وسائل غير مشروعة غرضها الأول والأخير هو البحث عن الربح السريع. وقد ساهم هذا المناخ في ظهور طرق حديثة للتعاقد تقوم على آليات لم تكن معروفة لدى واضعي القانون المدني. فلم يعد المتعاقد في حاجة إلى طرف آخر يتقاسم معه هاجس تحقيق الربح وجلب المنفعة فحسب، بل أصبح أكثر من أي وقت مضى، في حاجة ملحة إلى متعاقد يحمل أخلاقاً تعاقدية² تمنعه من استغلال ضعف الآخرين أو جهلهم بالشكل الذي يسهل استدراجهم إلى التعاقد³.

فالأفعال والتصرفات التي يلجأ إليها المهنيون لا يمكن أن تخضع لأحكام المسؤولية المدنية، فلا يمكن اعتبار الصور المجرمة في خداع المتعاقد من قبيل التدليس الذي يعيب صحة التراضي في العقد ويبرر المطالبة بإبطاله. لأن التدليس الذي جرمه المشرع في جريمة الغش أو خداع المتعاقد لا يشترط فيه أن يبلغ حداً من الجسامة بحيث يدفع المتعاقد إلى إبرام العقد على النحو الذي حدده الفصل 52 ق. ل. ع⁴، كما أن التدليس الذي جرمه المشرع لا يشترط أن يقع أثناء تكوين العقد أو إبرامه فقد يقع بعد تكوين العقد أو يقع خارج دائرة العقد. إلا أن مثل هذا التدليس يكتسب خطورته من عمومية الضرر والمتضررين منه، فالمنتج الذي يطرح

1 - نقض مدني مصري 11 يناير 1996، مجموعة أحكام النقض، السنة 17، ص 194.

2 - انظر أشغال ندوة: القضاء الإداري وحماية النشاط الاقتصادي، أكادير، منشورات كلية الشريعة، 1998، ص 147.

3 - مجيدة الزباني، الحماية الجنائية لتكوين العقود المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2006-2007، ص 346.

4 - الفصل 52 ق. ل. ع: "التدليس يخول الإبطال، إذا كان ما لجأ إليه، من الحيل والكتمان، أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه، قد بلغت في طبيعتها حداً بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر. ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالماً به".

سلعا مغشوشة للبيع إنما يهدد الصحة العامة لجمهور المتعاملين معه، كما أن من يبتاع تلك السلع قد لا يعبأ بالمطالبة بالتعويض حتى عند اكتشافه للغش أو التدليس لأنه بمفرده لا يقوى على تحمل إجراءات المطالبة بالتعويض لما تتضمنه من تعقيد ونفقات لا تتناسب مع قيمة السلعة التي ارتبط بها الخداع أو ورد عليها الغش، ولذلك كان لا مناص من تدخل المشرع للتجريم والعقاب حماية للمصلحة العامة ولإضفاء طابع أخلاقي على المعاملات التجارية¹.

ومنه، فاللجوء إلى القانون الجنائي في مجال الاستهلاك يجد تبريره بالخصوص في الرغبة الملحة لتطهير المعاملات بين المستهلكين والمحترفين بهدف تخليقها بالاعتماد على هذا الطابع الوقائي للحماية الجنائية. فالتهديد بالعقوبة الجنائية² يحمل الأشخاص عموماً على عدم مخالفة المقتضيات القانونية وبالتالي عدم وقوع الجريمة، وقد عمل المشرع المغربي في مجال الاستهلاك على اعتماد هذا التهديد العقابي كأداة وقائية للمستهلكين³، ويظهر ذلك بوضوح من خلال تجريم مجموعة من الأعمال التي تخل بالاستقامة الواجبة في المعاملات⁴.

ولتسليط الضوء على ما يقدمه القانون الجنائي في هذا المضمار، نرى أن نميز بين مساهمة نصوص القانون الجنائي العام (أ) ثم دور المقتضيات الجنائية الخاصة (ب).

أ - مساهمة القانون الجنائي العام في تخليق عقود الاستهلاك

إن المسؤولية الجنائية لا تعدو أن تكون تدابير الدولة القسرية التي تنطوي على مصادرة الحرية الشخصية أو المادية، ولهذا فإنها التزام مرتكب الجريمة بتحمل العقاب. ولذلك نجد القانون الجنائي المغربي ينص على مجموعة من المقتضيات القانونية الزجرية التي تتراوح بين المخالفات والجناح:

1 - أحمد عبد العال أبو قرين، م. س، ص 60.

2 - العقوبة الجنائية هي رد الفعل القانوني للمجتمع يوقعه على الجاني نظير ارتكابه لجريمة ما، أي هي نوع من الجزاء الجنائي يلزم توقيعه كرد فعل اجتماعي وقانوني من قبل السلطة المختصة على الجاني نظير ما اقترفه من جرائم.

3 - J. L. BIHL, Droit pénal de la consommation, édition Nathan, 1989.

- J. L. BIHL, droit pénal de la consommation, Gaz. Pal, 1986, doct, p. 355 s.

4 - أبو بكر مهم، المرجع نفسه، ص 237.

1 - زجر المخالفات

ينص الفصل 609 من ق. ج على أنه: " يعاقب بغرامة من عشرة إلى مائة وعشرين درهما من ارتكب إحدى المخالفات الآتية:

- ... من استعمل أوزانا أو مقاييس تختلف عن تلك التي أقرها التشريع الجاري به العمل.
- من خالف مقتضيات النظم المتعلقة بمتانة السيارات ووزنها وكيفية تحميلها وعدد الركاب وسلامتهم"...

واضح إذن أن المشرع الجنائي المغربي يعتبر المخالفات المذكورة، رغم خطورتها، مجرد مخالفات. في حين نجد تشريعات مقارنة¹ اعتبرتها جنحة أصلية عقوبتها الحبس والغرامة أو إحداها حسب قناعة المحكمة وظروف مقترف الفعل الجرمي إضافة إلى مصادرة أدوات الجريمة². وهوما يثير التساؤل حول مدى فعالية هذا التكييف في القانون المغربي في حق المهنيين على التزام الاستقامة والشفافية بالشكل الذي يفرض تخليق عمليات التعاقد الاستهلاكية؟

2 - زجر جريمة النصب

إذا كانت بعض التشريعات الجزائية المقارنة³ قد أوردت تعريفا لجريمة النصب، فالتشريع الجنائي المغربي قد اكتفى بتحديد الوسائل التي تتحقق بها، وذلك من خلال الفصل

1 - المادة 11 من القانون الأردني رقم 8 لسنة 1953 بشأن قانون الأوزان والمقاييس والمكاييل، الصادر بتاريخ 1/1/1953: "كل من استعمل في البيوع والعقود أو المعاملات المحلية أو أحرز بقصد الاستعمال في التجارة مقاييس مصرية أو أوزانا أو مكاييل غير مضبوطة أو آلات وزن غير صحيحة يعاقب بغرامة لا تزيد على عشرين دينارا وإذا تكرر ارتكاب هذه الجريمة فيعاقب بغرامة لا تزيد على خمسين دينارا.

- كل من صنع أو باع أوزانا أو مقاييس مصرية أو مكاييل غير مضبوطة أو آلات وزن غير صحيحة وهو عالم بذلك يعاقب بغرامة لا تزيد على خمسين دينارا وإذا تكرر ارتكاب هذه الجريمة فيعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة من خمسة دنائير الى مائة دينار..."

2 - المادة 13 من نفس القانون: " تصادر جميع الموازين والمقاييس المترية والمكاييل وآلات الوزن غير المضبوطة أو غير الصحيحة أو الموسومة بدمغة مزورة أو زائفة ويجوز ضبطها في أي وقت من قبل المفتش".

3 - المادة 222 من قانون الجزاء الكويتي: "الاحتيال كل تدليس، يقصد به إيقاع شخص في الغلط، أو إبقائه في الغلط الذي كان واقعا فيه لحمله على تسليم مال في حيازته وترتب عليه تسليم المال للفاعل أو لغيره، سواء كان التدليس بالقول أو بالكتابة أو بالإشارة".

540 ق. ج المغربي أنه: "يعد مرتكبا لجريمة النصب، ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من خمسمائة إلى خمسة آلاف درهم، من استعمل الاحتيال ليقوع شخصا في الغلط بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة أو استغلال مآكر لخطأ وقع فيه غيره ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر. وترفع عقوبة الحبس إلى الضعف والحد الأقصى للغرامة إلى مائة ألف درهم، إذا كان مرتكب الجريمة أحد الأشخاص الذين استعانوا بالجمهور في إصدار أسهم أو سندات أو أدونات أو حصص أو أي أوراق مالية أخرى متعلقة بشركة أو بمؤسسة تجارية أو صناعية". وبالتالي، فعناصر جريمة النصب تتمثل في:

- الركن المادي: استعمال وسائل احتيالية¹ بنية إيقاع شخص في الغلط²، وحسنا فعل المشرع الجنائي المغربي حين اعتمد الكتمان كصورة من صور النصب حيث تجاوز مفهومه في القوانين اللاتينية لأنها لا تعترف إلا بالوسائل الإيجابية دون الوسائل السلبية وإن بلغت ما بلغت في خداع الضحية.
- الركن المعنوي: المس بالذمة المالية لضحية النصب أو بمصالح الغير، والتي ليس بالضرورة أن تكون مالا منقولا (القروض، التأمينات...)، وإنما قد تتعلق بحقوق عقارية، كالاختيال على الضحية ودفعه لإعطاء ارتفاق أو منفعة على عقاره، سواء عن طريق تكوين شركات وهمية أو الابتزاز³.
- العلاقة السببية: بين الركنين المادي والمعنوي، والتي يعود تقرير وجودها من عدمه لقاضي الموضوع الذي يستخلصها من وقائع كل قضية وملابساتها، وذلك تحت رقابة قاضي النقض فيما يخص كفاية وسلامة التعليل الذي يبرر منطوق الحكم⁴.

1 - تشمل هذه الوسيلة كل حالات الكذب المؤيد بوقائع خارجية من شأنها أن تخدع الضحية فيصدق الجاني فيما يزعمه ويسلم له المال، أما إذا ادعى هذا الأخير واقعة صحيحة وحقيقية للمجني عليه، وتمكن بذلك من الاستيلاء على بعض أمواله، فلا يكون مرتكبا لجريمة النصب.

2 - الغلط حالة نفسية إذا تمكنت من شخص بدت له الأمور على غير حقيقتها، فإذا كان الشخص مدركا حقيقة الحيلة فإنه لا يكون واقعا في غلط، وإذا سلم رغم هذا اليقين ماله لمن أراد خداعه أقطعت رابطة السببية تماما بين الاحتيال والتسليم، مما يحول دون قيام جريمة النصب.

3 - العربي محمد مياد، م. س، ص 488.

4 - أحمد الخليلي، القانون الجنائي الخاص، الجزء 2، الطبعة 1، 1982، مكتبة المعارف، الرباط، ص 342.

وبناء عليه، قد يتم النصب باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام الجمهور بوجود مشروع كاذب أو واقعة أو إحداث الأمل بحصول ربح وهمي أو تسديد المبلغ الذي أخذ بطريق الاحتيال أو إيهام بوجود سند مخاصة مزور، وإما اتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة¹.

وعرف بعض الفقه النصب على أنه "الاستيلاء على مال مملوك للغير بغية تملكه، بواسطة وسائل الاحتيال الذي ذكرها القانون²". وتبنى القضاء نفس الفهم حيث قضت المحكمة الابتدائية ببرشيد بأنه "يعد مرتكبا لجريمة النصب من استعمل الاحتيال ليقوع شخصا في الغلط بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة أو استغلال ماكر لخطأ وقع فيه غيره ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية أو لشخص آخر"³. وجاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 19 مارس 1996 أنه: "يشترط لقيام جريمة النصب حسب الفصل 540 من القانون الجنائي استعمال الاحتيال بإخفاء وقائع صحيحة على المحتال عليه قصد الإضرار به والاستفادة المالية وراء ذلك"⁴، وأكدت الحكم الجنحي الصادر بتاريخ 6 فبراير 2002 أن "تسلم مبلغ مالي من الغير مقابل إفراغ محل موضوع النزاع وتسلمه هو إضرار بمصالح بمن سبق التعاقد معه بالكراء"⁵.

وخلاصة لقول، أن القانون الجنائي يراهن على العقوبات الأصلية (الحبس والغرامات) لما لها من فائدة رمزية تتمثل في إيلام الجاني⁶ وتخويف كل من تسول له نفسه ارتكاب نفس الفعل، وهو بذلك إلى تخليق العلاقات الاستهلاكية من خلال منع ارتكاب هذه الجرائم أو إتمامها⁷.

1 - المادة 336 من قانون العقوبات المصري. انظر: العربي محمد مياد، م. س، ص 488.

2 - هلاير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، م. س، ص 112.

3 - حكم عدد 4059 بتاريخ 2010/12/02، ملف رقم 10/2052.

4 - قرار عدد 3/338، ملف جنحي عدد 95/465، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 49-50، 1997، ص 183.

- قرار عدد 1/605، ملف جنحي عدد 2014/5741، بتاريخ 18 يونيو 2014.

5 - قرار عدد 03/518، ملف جنحي عدد 2011/20662، منشور بمجلة الملف، العدد 1.

6 - إيلام الجاني، يعني المساس المشروع بأحد حقوق المحكوم عليه أو بإحدى حقوقه الأساسية أو بهما معا بالحرمان الدائم أو المؤقت منها أو الانتقاص منها بشكل يؤدي إلى الإضرار به وفقا لما حدده القانون كجزاء على جريمته.

7 - أبو بكر مهم، حماية المستهلك من الأضرار الناجمة عن المنتجات المعروضة في السوق، م. س، ص 273.

ب - دور المقتضيات الزجرية الخاصة في تخليق عقود الاستهلاك

إن الرغبة في تخليق العلاقات بين المستهلكين والمهنيين وهاجس إيجاد وسيلة فعالة تجعل هؤلاء يتحلون بالأمانة في معاملاتهم، دفع إلى الاتجاه نحو تكريس العقوبة الجنائية كوسيلة وقائية في مجال الاستهلاك¹. وهكذا فبالإضافة إلى النص القانوني العام، أفرد المشرع المغربي المجال الاستهلاكي بنصوص زجرية خاصة هدفها إرساء التخليق والصدق والنزاهة والشفافية.

1 - القانون المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع

نصت الفقرة الأولى من الفصل الأول من القانون رقم 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع² على أنه: "يعد مرتكبا الغش عن طريق الخداع أو التزييف كل من غالط المتعاقد بوسيلة ما في جوهر أو كمية الشيء المصرح به أو قام، خرقا لأحكام هذا القانون أو النصوص المتخذة لتطبيقه أو خلافا للأعراف المهنية والتجارية، بعملية تهدف عن طريق التدليس إلى تغييرهما. ويعاقب الفاعل بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من ألف ومائتي درهم إلى أربعة وعشرين ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط. ويمكن الأمر بنشر الحكم³ بالعقوبة في جريدة أو عدة جرائد وتعليقه في باب المؤسسة وفقا لأحكام مجموعة القانون الجنائي المتعلقة بنشر الأحكام القضائية وتعليقها. وإذا ارتكب الفاعل جريمة أخرى معاقبا عليها بأحكام هذا القانون خلال أجل خمس سنوات تلي التاريخ الذي صار فيه نهائيا حكم سابق بالعقوبة على مخالفة للأحكام المذكورة، وجب على المحكمة أن تحكم بالحبس وتطبق حينئذ عقوبة العود وفقا للشروط المحددة في مجموعة القانون الجنائي، ويصدر الأمر وجوبا بتعليق الحكم بالعقوبة".

1 - أبو بكر مهم، م. س، ص 279.

2 - ج. ر عدد 3777 بتاريخ 1985/20130.

3 - كما تنص عليه أيضا:

- المادة 86 من القانون 104-12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.

- المواد 175، 176، 183، 185، 189، 192 من القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

- المادة 59، 60 من القانون 24.09 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات.

والخداع¹ يعرف بكونه استعمال وسائل احتيالية من طرف شخص ليقوع غيره في الغلط وهو ما يؤدي إلى اعتقاد المستهلك بأن التعاقد على الشيء المصرح به بالرغم من مخالفته للحقيقة²، أو هو إلباس الشيء مظهرًا يخالف ما هو عليه في الحقيقة، أي حمل المشتري أو المستهلك على الاعتقاد بأن السلعة أو الخدمة لها من السمات ما يفوق الحقيقة³.

كما نص المشرع الفرنسي في المادة L 213-1 من مدونة الاستهلاك الفرنسية الصادرة في 26 يوليوز 1993 على أنه: "يعاقب بالحبس لمدة سنتين وغرامة 300.000 أورو كل من خدع أو شرع في خداع المتعاقد بأي وسيلة حتى ولو كانت عن طريق وسيط من الغير، سواء كان المخادع أو لم يكن طرفًا في العقد بإحدى الطرق التالية:

1. إما في طبيعة أو جنس أو مصدر أو خصائص أساسية أو مكونات أو حفظ البضائع بالطرق المناسبة.
2. إما في نوعية الأشياء المسلمة أو في ذاتيتها لتسليم بضائع أخرى غير الشيء كان موضوعا للعقد.
3. أو في صلاحية الشيء للاستعمال والمخاطر الكامنة عند استعماله والرقابة المتخذة وطرق الاستعمال أو الاحتياطات الواجب اتخاذها..."⁴.

¹ - جريمة الغش عن طريق الخداع هي صورة مخففة من جريمة النصب، حيث أن كلاهما يقوم على الإيهام من خلال فعل إيجابي، إلا أنهما يختلفان في:

- أن الجاني في جريمة النصب يهدف إلى الاستيلاء على كل أو بعض ثروة المجني عليه وبدون أي مقابل، في حين أن الجاني في جريمة الخداع هدفه تحقيق ربح غير مشروع عن طريق عملية تجارية سليمة في ظاهرها.

- أن وسيلة الخداع في جريمة النصب أضيق نطاقًا من جريمة الغش عن طريق الخداع، ذلك أن وسائل النصب محددة في القانون الجنائي، بينما لم يهتم المشرع بتحديد الوسائل التي يستخدمها الجاني في خداع المتعاقد.

- أما بالنسبة للتدليس، فرغم تلاقيه مع الخداع في إيقاع بالمجني عليه أو المتعاقد في الغلط، إلا أن التدليس يكفي فيه عدم إظهار الشيء وما يشوبه من عيب حتى يقع المشتري في الغلط، أما الخداع فلا بد أن يقوم بفعل خارجي لكي يوهم المشتري بأن الشيء حقيقيًا. كما أنه لا يشترط أن يقع أثناء تكوين العقد أو إبرامه فقد يقع بعد تكوين العقد أو يقع خارج دائرة العقد.

- وفي التدليس المدني يلزم المدلس عليه أن يثبت بأنه ما كان ليبرم العقد لو علم حقيقة أن التدليس هو الدافع إلى التعاقد، في حين أن الخداع لا يستلزم ذلك ويكفي لقيام جريمة الخداع أن يكون الغلط الذي دفع المشتري إليه متعلقًا بطبيعة البضاعة أو صفاتها الجوهرية أو العناصر الداخلة في تركيبها أحد الأسباب الدافعة إلى إبرام الصفقة، ولا يلزم أن يكون هذا الغلط هو السبب الأساسي في التعاقد. للمزيد، انظر: عبد اللطيف بوعلام، م. س، ص 90.

² - أحمد عبد العال أبو قرين، نحو قانون لحماية المستهلك، (ماهيته، مصادره، موضوعاته)، مركز البحوث بكلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1993، ص 60.

³ - عبد اللطيف بوعلام، الحماية القانونية للمستهلك في التشريع المغربي "الحماية الجنائية"، دار الآفاق المغربي، مطبعة الأمانة، الرباط، 2021، ص 88.

4 - Art. L 213.1 (devenu L 131-5 depuis 22-12-2021) du code de consommation français : « Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 300 000 euros quiconque,

ونفس المنحى اتخذه المشرع المصري الذي يعاقب على جريمة الخداع¹ بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة من خمسة آلاف جنيه (5.000 جنيه مصري) إلى عشرين ألف جنيه (20.000 ج م) أو ما يعادل قيمة السلعة موضوع الجريمة أيهما أكبر أو بإحدى هاتين العقوبتين. تشدد إذا استعملت موازين أو مقاييس أو مكايل أو دمغات أو آلات فحص أخرى مزيفة أو مختلفة أو باستعمال طرق أو وسائل أو مستندات من شأنها جعل عملية وزن البضاعة أو قياسها أو كيلها أو فحصها غير صحيحة، وتكون العقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من عشرة آلاف جنيه (10.000 ج م) إلى ثلاثين ألف جنيه (30.000 ج م) أو ما يعادل قيمة السلعة موضوع الجريمة أيهما أكبر أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويلاحظ أن المشرع المصري في جريمة الخداع البسيطة ترك للقاضي الحرية في تحديد الحد الأدنى لعقوبة الحبس وتولى هو تحديد الحد الأقصى، وأما في حالة التشديد فتولى وضع العقوبة في حدين أدنى وأقصى². وهو ما دعمته محكمة النقض المصرية في قرار لها بما يلي، "إن تأويل القانون على الوجه الصحيح هو أنه لا يكفي لقيام جريمة الخديعة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون 48 لسنة 1941، أن يكون الغلط الذي دفع البائع المشتري إليه متعلقا بطبيعة البضاعة أو صفاتها الجوهرية، أو العناصر الداخلة في تركيبها أحد الأسباب الدافعة إلى إبرام الصفقة، ولا يلزم أن يكون هذا الغلط هو السبب الأساسي في التعاقد. ومما يدعم هذا النظر أن المشرع يعني بالنص في الفقرة 4 من المادة الأولى منه على وجوب أن

qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers :

1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;

2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;

3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre.

Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits ».

1 - المادة الأولى من قانون قمع الغش والتدليس المصري، رقم 48 لسنة 1941 المعدل بالقانون رقم 281 لسنة 1994.
2 - فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2012-2013، ص 239.

يكون النوع أو الأصل أو المصدر- إذا حصلت في واحدة منها – سببا أساسيا في التعاقد في حين أنه لم يقيد ما ورد في الفقرات الثلاث الأولى بهذا القيد"¹.

أما **التزييف**، فهو تغيير لحقيقة البضاعة تغييرا من شأنه أن يخلق اقتناعا معاكسا لحقيقة الشيء المزيف لدى المتعاقد. بمعنى تغيير في طبيعة البضاعة من شأنه أن يخفي حقيقتها عن المستهلك سواء تعلق الأمر بذاتها أو بخصائصها الجوهرية أو بتركيبها ومحتواها². فالمغالطة إذن تنصرف إلى خداع المتعاقد في جوهر أو كمية الشيء المصرح به وينصرف التغيير بعملية تدليسية إلى الجوهر والكمية³، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، حيث اعتبرت التزييف تلاعب أو معالجة غير مشروعة لا تتفق مع التنظيم وتؤدي بطبيعتها إلى التحريف في التركيب المادي للمنتج⁴.

والتزييف مثل الخداع جريمة عمدية يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي، أي أن يعلم الجاني بما ينطوي عليه سلوكه من تزييف في السلعة وأن ما يعرضه أو يصنعه أو يبيعه يعتبر مزيفا، وذلك بنية خداع المشتري أو المستهلك، ويعد توافر العلم بكون السلعة مزيفة مسألة واقع ينفرد قاضي الموضوع بتقريرها. كما أن علم المشتري والمستهلك بكون السلعة أو البضاعة مزيفة لا يحول دون قيام الجريمة، وذلك وفق الفصل 14 من القانون 13.83⁵.

وينص الفصل 5 من القانون 13.83 على أنه تطبق العقوبات على المنصوص عليها في الفصل 1 على: 1- "كل من زيف مواد غذائية يستهلكها الإنسان أو الحيوان أو مواد مستعملة للمداواة أو مشروبات أو منتجات فلاحية أو طبيعية معدة للبيع أو التوزيع"⁶، وهو ما يطابق ما جاءت به المادة L 213-3 من مدونة الاستهلاك الفرنسية⁷. كما قضت محكمة النقض المصرية

¹ - قرار رقم 1401، سنة 19 ق، بتاريخ 14-06-1955، أوردته: مجيد الزياتي، م. س، ص 329.

² - عبد اللطيف بوعلام، م. س، ص 98.

³ - تتعدد صور التزييف، فقد يكون عن طريق: الخلط - النزاع أو الإنقاص - الصنع.

- Crim. 29 oct. 1937, Gaz. Pal. 1937, II, p.850.

⁴ - Crim. 15 déc 1993, JCP, éd 1994, p. 103.

⁵ - الفصل 14 من القانون 13.83: "لا يعتبر علم المشتري أو المستهلك بتغيير المنتج أو تزييفه ظرفا مخففا بالنسبة لمرتكب الجريمة، بصرف النظر عن العقوبات التي يتعرض لها المشتري أو المستهلك إذا ثبت اشتراكه في الجريمة".

7 - Art. L 213-3 (devenu L 413-1 depuis 14 mars 2016):

في قرار لها "إن تزيف البضاعة أو غشها المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون 48 لسنة 1941 كما يتحقق بإضافة مادة غريبة إليها أو بانتزاع شيء من عناصرها النافعة، يتحقق أيضا بإخفاء البضاعة تحت مظهر خادع من شأنه غش المشتري"¹.

2- قانون الملكية الصناعية

لقد منع قانون الملكية الصناعية والتجارية المغربي استعمال بيان جغرافي أو تسمية منشأ كاذبين، وعاقب على ذلك بعقوبات زجرية²، فقد جاء في المادة 226³ منه على أنه:

I. «Seront punis des peines portées par l'article L. 213-1 :

1° Ceux qui falsifieront des denrées servant à l'alimentation de l'homme ou des animaux, des boissons et des produits agricoles ou naturels destinés à être vendus ;

2° Ceux qui exposeront, mettront en vente ou vendront des denrées servant à l'alimentation de l'homme ou des animaux, des boissons et des produits agricoles ou naturels qu'ils sauront être falsifiés ou corrompus ou toxiques ;

3° (Abrogé) ;

4° Ceux qui exposeront, mettront en vente ou vendront, connaissant leur destination, des produits, objets ou appareils propres à effectuer la falsification des denrées servant à l'alimentation de l'homme ou des animaux, des boissons ou des produits agricoles ou naturels et ceux qui auront provoqué à leur emploi par le moyen de brochures, circulaires, prospectus, affiches, annonces ou instructions quelconques.

II. - Les peines prévues à l'article L. 213-1 sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 750 000 € d'amende si :

1° La substance falsifiée ou corrompue est nuisible à la santé de l'homme ou de l'animal ;

2° Les délits prévus au I du présent article ont été commis en bande organisée.

III. - Les peines d'amende prévues au présent article peuvent être portées, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits.

Ces peines seront applicables même au cas où la falsification nuisible serait connue de l'acheteur ou du consommateur.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux fruits frais et légumes frais, fermentés ou corrompus ».

¹ - قرار رقم 1401 سنة 19 ق، جلسة 14-06-1950. أوردته: مجيدة الزياتي، م. س، ص 339.

² - فؤاد معلال، الشارات الجغرافية المميزة أداة قانون الملكية الصناعية لتحقيق التنمية القروية، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي (تصدر عن مركز قانون الالتزامات والعقود، كلية الحقوق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس)، العدد 2، يناير 2009، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، ص 75.

³ - التي تحيل عليها المادة 231 ق. م. س: "يعاقب على الأعمال غير المشروعة المشار إليها في المادة 182 أعلاه بالعقوبتين المنصوص عليهما في المادة 226 أعلاه دون إخلال بالعقوبات المقررة في قوانين خاصة".

"يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 50.000 إلى 500.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط:

- 1- كل من قام دون تزيف علامة مسجلة بتقليد هذه العلامة تقليدا تدليسيا من شأنه أن يضل المشتري أو استعمل علامة مقلدة على سبيل التدليس.
- 2- كل من استعمل علامة مسجلة تحمل بيانات من شأنها أن تضلل المشتري فيما يخص طبيعة الشيء أو المنتج المعين أو خصائصه الجوهرية أو تركيبه أو محتواه من المبادئ النافعة أو نوعه أو منشئه.
- 3- كل من حاز لغير سبب مشروع منتجات كان يعلم أنها تحمل علامة مقلدة على سبيل التدليس أو قام عمدا ببيع منتجات أو خدمات تحت هذه العلامة أو بعرضها للبيع أو عرض توريدها."

كما أن المادة 38 من القانون 25.06 المتعلق بالعلامات المميزة للمنشأ والجودة للمواد الغذائية والبحرية¹ تنص على أنه: "دون الإخلال بالعقوبات الأخرى المنصوص عليها في القانون 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع والقانون رقم 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية، يعاقب بغرامة من 5000 إلى 50.000 درهم كل من:

- 1- استعمل رمزا أو علامة تجارية في عنوان المنتج، بالنسبة للمواد الحاملة للبيان الجغرافي المحمي أو تسمية المنشأ المحمية، من شأنها أن تخلق لبسا لدى المستهلك من حيث طبيعة المنتج أو ماهيته أو مقوماته أو منشئه الأصلي خرقا لمقتضيات المادة 29 أعلاه.
- 2- إشارة لتسمية البيع أو العنوان من أجل الإشهار لمنتوجه، من شأنها أن توقع المستهلك في الغلط حول المنشأ أو المواصفات الخاصة بهذا المنتج أو من شأنها المساس

¹ - القانون رقم 25.06 المتعلق بالعلامات المميزة للمنشأ والجودة للمواد الغذائية والمنتجات الفلاحية والبحرية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.56 صادر في 17 من جمادى الأولى 1429، ج. ر رقم 5639 بتاريخ 16 يونيو 2008، ص 1370. كما تم تغييره وتنميه بالقانون رقم 51.14 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.81 بتاريخ 17 من شوال 1440 (21 يوليوز 2019)، ج. ر عدد 6792 بتاريخ فاتح ذي القعدة 1440 (4 يوليوز 2019)، ص 4796.

بمميزات علامة الجودة الفلاحية أو علامة الجودة البحرية أو البيان الجغرافي المحمي أو تسمية المنشأ المحمية، خلافا لمقتضيات المادة 30 أعلاه.

3- طريقة تقديم المنتج من شأنها أن توقع المستهلك في الغلط حول منشئه الأصلي والإيحاء له بأن هذا المنتج يستفيد من العلامة المميزة للمنشأ والجودة..."

ونفس المنحى الزجري نجده في المادة 34¹ من القانون 133.12 المتعلق بالعلامات المميزة لمنتجات الصناعة التقليدية².

3 - قانون تحديد تدابير لحماية المستهلك

عاقبت المادة 173 من القانون 31.08 لغرامة من 2000 إلى 5000 درهم في حالة عدم إعلام المستهلك، وطبقا للمادة 174 من نفس القانون ترفع العقوبة من 50.000 إلى 250.000 درهم إذا تعلق الأمر بالإشهار الكاذب، ويمكن رفع المبلغ الأقصى للغرامة إلى نصف نفقات الإشهار المكون للجنة، وإذا كان المخالف شخصا معنويا يعاقب بغرامة تتراوح بين 50.000 و1.000.000 درهم. ولتطبيق هذه الغرامة مسطرة خاصة فصلتها المادة 175 من نفس القانون.

هذا بالإضافة للمادة 184 التي تعاقب كل من يستغل ضعف المستهلك أو جهله بالحبس من شهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 1.200 إلى 50.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين

¹ - المادة 34 من القانون 133: "دون الإخلال بالعقوبات الأخرى المنصوص عليها في القانون رقم 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع والقانون رقم 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية والقانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، يعاقب بغرامة يتراوح قدرها ما بين 5.000 و50.000 كل من استعمل:

1- قصد عنونة منتج ما رمزا أو علامة تجارية تحمل علامة مميزة لمنتجات الصناعة التقليدية من شأنها أن تخلق لبسا لدى المستهلك بخصوص طبيعة المنتج أو ماهيته أو جودته أو منشئه الحقيقي، خرقا لمقتضيات المادة 27 أعلاه.

2- خرقا لمقتضيات المادة 28 أعلاه، بيانا في تسمية منتج أو عنونته أو إشهاره، من شأنه:

- تحويل سمعة علامة مميزة لمنتجات الصناعة التقليدية أو إضعافها.

- إيقاع المستهلك في الغلط بخصوص مواصفات المنتج أو مصدره.

- المساس بالطابع الخاص للحماية المخصصة للعلامات المميزة لمنتجات الصناعة التقليدية.

² - ظهير شريف رقم 1.16.50 صادر في 19 من رجب 1437 (27 أبريل 2016) بتنفيذ القانون رقم 133.12 المتعلق بالعلامات المميزة لمنتجات الصناعة التقليدية، ج. ر عدد 6466، بتاريخ 12 شعبان 1437 (19 ماي 2016)، ص 3843.

فقط، وذلك دون الإخلال بأحكام الفصل 552 من القانون الجنائي¹، أما إذا كان المخالف شخصا معنويا فيعاقب بغرامة تتراوح ما بين 50.000 و 1.000.000 درهم.

4 - القانون المتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات

جاء في المادة 50 من القانون 24.09 المتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات² أنه: "دون المساس بالعقوبات الجنائية الأشد، يعاقب كل من عرض مباشرة الغير لخطر الموت أو الجرح الذي من شأنه أن يسبب إعاقة أو عجزا تجاوزت مدته 21 يوما أو عاهة مستديمة أو ضررا ماديا، بفعل انتهاك متعمد لالتزام السلامة المنصوص عليه في هذا القسم³ أو في النصوص المتخذة لتطبيقه⁴، بالحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات وبغرامة يتراوح قدرها بين 10.000 درهم و 60.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط."

ويرى ذ. العربي مياد أن من بين الأسباب التي أدت إلى إصدار هذا القانون، الرغبة في إدراج مفهوم مسؤولية المنتج عن الأضرار الناتجة عن عيب في منتوجه، والالتزام بالتعويض، وكذا قيام مسؤولية كل مورد يعرض على الجمهور منتوجات وخدمات لم ترد بشأنها أحكام خاصة، في الحالة التي يتعذر تحديد المنتج، ولا سيما الأدوية والمستحضرات الصيدلانية ومنتجات الدم والتوريدات الطبية والعقارات...⁵.

1 - الفصل 552 ق. ج: "من استغل حاجة قاصر دون الواحدة والعشرين أو بالغا فاقد الأهلية أو محجورا، أو استغل أهواءه أو عدم خبرته، ليحصل منه على التزام أو إبراء أو أي سند يمس ذمته المالية، إضرارا به، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى ألفي درهم.

2 - ظهير شريف رقم 1.11.140 صادر في 16 من رمضان 1432 (17 أغسطس 2011) بتنفيذ القانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات وتنظيم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود. ج. ر، عدد 5980 بتاريخ 23 شوال 1432 (22 سبتمبر 2011)، ص 4678.

3 - القسم الأول متعلق بسلامة المنتوجات والخدمات. (من المادة 1 إلى المادة 64).

4 - مرسوم رقم 2.12.0502 صادر في 2 رجب 1434 (13 ماي 2013) بتطبيق القسم الأول من القانون 24.09. ج. ر، عدد 6158 الصادرة بتاريخ 26 رجب 1434 (6 يونيو 2013)، ص 4420.

-المزيد من المراسيم والقرارات انظر : موقع المكتب الوطني للسلامة الصحية للمنتجات الغذائية : www.onssa.gov.ma (تم تصفح الموقع بتاريخ 2020-06-03).

5 - العربي محمد مياد، م. س، ص 491.

لا شك إذن أن تبني المشرع للعقوبات السالبة¹ للحرية لمواجهة الأفعال الإجرامية الضارة بنزاهة العلاقات الاستهلاكية هو موقف محمود بل ويجب تعزيزه نظرا لما لهذه العقوبة من دور يعزز باقي العقوبات كالغرامة المالية² التي غالبا ما ينظر إليها على أنها من المخاطر المعتادة للمهنة حيث يجري تحويل أعبائها بصورة غير مباشرة ليتحملها في الأخير المستهلك. لكن الإشكال الذي يطرح هو حول مدى فعالية هذه المقترضات الزجرية العامة والخاصة في ضمان تخليق حقيقي لعقود الاستهلاك؟

غالبا ما يتم النص على عقوبات جنحية (قانون زجر الغش في البضائع، قانون حرية الأسعار والمنافسة، القانون المتعلق بالسلامة الصحية للمنتجات الغذائية) أو جنائية (التزيف مثلا)، وفي هذا السياق، نشاطر ذ. أبو بكر مهم رأيه في أن اللجوء إلى العقوبة الجنائية في مجال لا يجب أن يكون تلقائيا، بل يجب عقلنة اللجوء إليها وإلا فقدت دورها الوظيفي الصحيح الذي وضعت من أجله. فكثر العقوبات الجنائية الناتجة عن تزايد التصرفات والسلوكيات المجرمة يمس بشكل كبير بفعالية هذه العقوبات ويحد من حرية الأفراد³. وحتى العقوبة المالية يجب أن تفرض دون مغالاة على المهنيين المخالفين لالتزاماتهم بالاستقامة، أي أن الأمر يقتضي ضرورة صدور الفعل عن قصد، وإلا فقدت العقوبة دورها فتصبح بدون فائدة أو معنى. فيكون من الواجب إذن عدم المغالاة في هذه المسؤولية الموضوعية حتى لا تفرغ الخطأ من معناه ويعتاد الأشخاص على تحمل سلبات النشاط اليومي وبالنتيجة يتعطل مفعولها⁴. كما أن عدم تناسب العقوبة مع الفعل المرتكب يؤدي حتما إلى عدم فعالية العقوبة، ولذلك لا بد من توافر قدر من التماثل الموضوعي بين الجريمة المرتكبة من ناحية وبين نوعية العقوبة المحكوم بها من ناحية ثانية.

¹ - رغم أن هناك من يرى أن المشرع المغربي اعتمد العقوبات السالبة للحرية في قانون زجر الغش في البضائع وقانون حرية الأسعار والمنافسة، لكنه تراجع عنها في القانون المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، وهو ما من شأنه أن يشجع المهنيين على الممارسات المنافية للنزاهة والشفافية وبالتالي يضر بمصالح المستهلك. انظر: زكرياء اليوكرشي، الحماية الجنائية للمستهلك، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية: 2006-2007، ص 65.

² - عبد المنعم موسى إبراهيم، م. س، ص 197.

³ - أبو بكر مهم، حماية المستهلك من الأضرار الناجمة عن المنتجات المعروضة في السوق، م. س، ص 281.

⁴ - مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، مطبعة نوفل، بيروت، لبنان، 1992، ص 182.

وخلص القول إن العقوبة الجنائية أداة ضرورية لفرض القيم الأساسية كالنزاهة والأمانة والثقة والاستقامة التي يجب أن تسود العلاقات الاستهلاكية، شريط توفير شروط وظروف ضمان فعاليتها.

الفرع الثاني: مظاهر الشفافية في عقود الاستهلاك

جاء دخول الشفافية للخطاب القانوني "كمراة" يفترض أن تسمح للمتعاقد الآخر بالرؤية عبرها، أي الحصول على المعلومات عن الطرف الثاني وعن العقد ومضمونه ومختلف تفاصيله، وذلك إما من خلال إلزام المهني بالإفصاح عن المعلومات التي يمتلكها بخصوص السلعة أو الخدمة موضوع التعاقد والتي من شأنها تنوير رضى المستهلك، وإما بالسماح لهذا الأخير بطلب المعلومات بنفسه وعدم الاتكال الكلي على حسن نية المهني¹.

ورغم أن الرضائية هي الأصل في إنشاء التصرفات القانونية²، فالمشرع يتدخل في حالات استثنائية لفرض الشكلية سواء لقيام التصرفات أو إثباتها³. ويشكل احترام الشكلية المفروضة في عقود الاستهلاك أساسا ومنطلقا سليما لشفافيتها، ونميز فيها بين الشكلية الخاصة بالإثبات، فتطلب الشكل أحيانا يكون لأجل إثبات وجود عقد ما أو إثبات مضمونه وتسمى الشكلية غير المباشرة، والشكلية غير المباشرة وهي ركن في العقد وبوجودها يسمى العقد "عقدا شكليا" وبتخلفها يصبح العقد كأن لم يكن لأن العقد الشكلي لا يكتفي في انعقاده بتوافر رضا أطرافه، بل يجب التقيد بما يفرضه القانون من شكليات (المبحث الأول)، ثم في العرض المسبق كتقنية حديثة أقرها المشرع لحماية إرادة مستهلك القرض الاستهلاكي من أي تضليل أو إيهام قد يوقعه فيه المقرض خاصة في ظل جهله وضغوط حاجته للقرض، إذ تضمن تعاقد المستهلك مع المهني وهو على بينة من أمره بخصوص حقوقه وواجباته، مما يمكنه من تقدير مدى ملاءمة السلعة أو الخدمة لحاجياته وإمكانياته (المبحث الثاني).

¹ - Nancy VIGNAL, La transparence en droit privé des contrats, op. cit, p. 22.

² - للمزيد حول دور الرضائية وسلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية، انظر :
- أستاذنا محمد شليح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة محمد الخامس أكادال، الرباط، 1983.

- Vincent FORRY, Le consensualisme dans la théorie générale des contrats, L.G.D.J, 2007.

³ - كريم آيت عيسى، واجب الموثق بإسداء النصح، المجلة المغربية في الفقه والقضاء، م. س، ص 82.

المبحث الأول: احترام شكلية التعاقد كمظهر من مظاهر الشفافية

إذا كان المبدأ السائد في التصرفات القانونية هو الرضائية وسيادة مبدأ سلطان الإرادة¹، فإن ما كان سائدا منذ نشأة القانون المدني أصبح اليوم محل نظر، وذلك راجع للتطورات التي عرفها مجال المعاملات بصفة عامة، وعقود الاستهلاك التي تكتسي أهمية اقتصادية بصفة خاصة. حيث أضحي تدخل المشرع أمرا مطلوباً ومبرراً أمام التباين الخطير والمجحف الذي تعرفه العلاقات التعاقدية، وذلك من أجل حماية الطرف الضعيف وضبط وتأطير هذه المعاملات، من خلال فرض مجموعة من الالتزامات على عاتق المهني، لا سيما في مرحلة إبرام العقد.

فالشكلية عادت لمجال العقود من جديد، خاصة من خلال قانون الاستهلاك الذي ولد نتيجة حركات ناضلت ونادت منذ مطلع القرن العشرين، وفي الولايات المتحدة الأمريكية خاصة بحماية فئة جديدة من المتعاقدين هي فئة المستهلكين، ثم انتشرت تشريعات الاستهلاك في مختلف دول العالم من بينها المغرب، الذي أصدر مشرعه أول قانون يقضي بتدابير لحماية المستهلك. فقانون الاستهلاك أحيى الشكلية القانونية التي أقرها القانون الروماني لكن بروح جديدة ووسائل متنوعة ولغايات مختلفة، كما قرر لها جزاءات تتفق وتلك الغايات، حيث يطاق عليها العديد من الفقهاء "الشكلية الحمائية" أو "الشكلية الإعلامية" أو "الشكلية الاستهلاكية".

وعليه فسنستطرق لهذه الشكلية من خلال تعريفها (المطلب الأول) ثم صورها الكفيلة بضمان الشفافية المطلوبة (المطلب الثاني).

¹ - الفصل 230 ق. ل. ع.

المطلب الأول: مفهوم الشكلية الاستهلاكية

لتوضيح المقصود بالشكلية الاستهلاكية، سنبدأ بتعريفها (الفقرة الأولى)، ثم الوقوف عند مزاياها وعيوبها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف الشكلية الاستهلاكية

إن الشكلية التي كرسها قانون الاستهلاك غايتها حماية المستهلك من خلال ضمان شفافية مختلف العقود التي يقبل عليها من جهة، وإثباتها من جهة ثانية¹. وهي بذلك تختلف عن الشكلية التي عرفها القانون الروماني القديم والقوانين التي تأثرت به لاحقاً. فعند الحديث عن الشكلية في القانون المدني يقصد بها في المقام الأول الشكلية الخاصة بالإثبات، فتطلب الشكل أحياناً هو لأجل إثبات وجود عقد ما أو إثبات مضمونه² وتسمى الشكلية غير المباشرة. أما الشكلية المباشرة، فهي ركن في العقد وبوجودها يسمى العقد "عقداً شكلياً"، وبتخلفها يصبح العقد كأن لم يكن³.

والعقد الشكلي لا يكتفي في انعقاده بتوافر رضا أطرافه، بل يجب التقيد بما يفرضه القانون من شكليات، وذلك احتراماً للمصلحة العامة وتحذيراً للمتعاقد من خطورة ما سيقدم عليه، وحماية الغير (حسن النية)⁴. وعقد القرض أو التأمين أو البيع العقاري أمثلة بارزة عن

¹ - « Le formalisme répond à deux objectifs distincts : d'une part, il est destiné à attirer l'attention du consommateur sur la portée des engagements qu'il s'apprête à assumer, c'est là le sens des mentions prescrites en caractère gras ou de façon manuscrite dans le domaine du crédit à la consommation par exemple ; d'autre part, il informe le consommateur sur les droits et obligations découlant du contrat lors ou après la signature de celui-ci ». Françoise Domont-Naert, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge, in : La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, op. cit, p. 226.

²- Nathalie MOREAU, La formation du contrat électronique : dispositif de protection de consommateur et modes alternatifs de règlement des conflits, DEA droits des contrat, université de Lille 2, 2002-2003, p. 66.

³ - الزهرة رزايقية، جامعة جيجل، وعصام نجاح، جامعة قلمة، الشكلية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 2، سبتمبر 2019، ص 96.

⁴ - لا يتدخل المشرع لفرض الشكلية إلا في حالات محددة يكون القصد منها في الغالب تنبيه المتعاقدين إلى أهمية التصرف الذي يقومون به، وقد تكون الشكلية ركناً في العقد لا يكون التصرف صحيحاً إلا بإثباتها، كما هو الحال بالنسبة للتصرفات القانونية التي يكون من شأنها إنشاء أو نقل أو تعديل أو إنهاء حق عيني، حيث يتعين وجوباً تحت طائلة البطلان استناداً إلى المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية أن يتم تحرير العقد في محرر رسمي من طرف موثق أو عدل أو محرر عرفي من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، وقد تكون لإثبات التصرف فقط، وكما يفرض القانون الشكلية فقد يتفق

ذلك. وتختلف الشكالية كركن في العقد عنها كآلية للإثبات، فغياب الأولى يعني البطلان، بينما إغفال الثانية فيصعب إثبات وجوده.

فانطلاقاً من تعريف العقد الرضائي والعقد الشكلي، يمكن القول إن مختلف القوانين المدنية اعتبرت الشكالية كنقيض للرضائية، لأنها ترسم إطاراً محدوداً لإرادة المتعاقدين، فلا تستطيع إنتاج آثارها خارجة. وكآلية يستخدمها القانون المعاصر، عرفت الشكالية انبعاثاً ملحوظاً، فحالياً وعلى الرغم من بروزها وتطورها في عدة ميادين، إلا أنها أثبتت وجودها مع قانون الاستهلاك. فهي تساير التطورات التكنولوجية من خلال القواعد المطبقة على العقود الإلكترونية، ففي أول ظهور لها اعتبرت كآلية أساسية لحماية رضا المستهلك، وطوعاً أطلق عليها تسمية "الشكالية الإعلامية"، وهو ما يصب في جعل العقود الاستهلاكية أكثر شفافية. والشكالية لا تعبر عن شكل معقد، بل هي شكل إلزامي مفروض، دون أي بديل ممكن¹.

وتتمثل هذه الشكليات التي فرضها قانون الاستهلاك، في إلزام المهني بتزويد المستهلك بكل الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة المقدمة، وغيرها من المعلومات الضرورية، وأن يكون ذلك بطريقة يمكن قراءتها ومفهومة وواضحة، أي لا تثير أدنى لبس لدى قارئها، من ذلك ما جاء في المادة 11-221 L من قانون الاستهلاك الفرنسي والمتعلقة بالعقود المبرمة عن بعد، وما أقرته المادة 29 من القانون المغربي 31.08، وأيضا حق المستهلك على المورد أن يقدم له مسبقاً مجموع الوثائق التعاقدية، إضافة لاحترام شكليات الإشهار المشروع غير المخالف للنظام العام الحمائي. إذن فالشكالية الاستهلاكية، هي مجموع الإجراءات التي كرسها المشرع الاستهلاكي لإعلام المستهلك، لتتوיר رضاه ومن ثم حمايته².

الأطراف ألا يكون تصرفهم صحيحاً إلا إذا اتخذ شكلاً معيناً كتحريير وثيقة رسمية مثلاً كما ينص على ذلك الفل 402 ق. ل. ع.
- للمزيد حول الشكالية، انظر:
- سمير الوافي، الشكالية في العقود، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 1998-1999.

¹ J. FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges Ripert, L.G.D.J, 1950, t. I, p. 101, n° 9.

² - الزهرة رزايقية، م. س، ص 97.

الفقرة الثانية: مزايا وعيوب الشكلية الاستهلاكية

إن إحياء الشكلية من جديد لم يأت صدفة بل ارتبط بشكل واضح بالدور الحمائي الذي أسند إليها¹. وعلى الرغم مما وصفت به الشكلية من تعقيد وبطء، فهي اليوم تزداد توسعا في التشريعات الحديثة. فالمظاهر، وكاستثناءات في القانون، هي التي أصبحت تميز الحياة التعاقدية المعاصرة، وبالتالي لم تعد كل المساوئ هي من جراء الشكلية وكل المحاسن هي للرضائية².

لقد اعتبر الفقيه الألماني "أهرنج" وهو أحد المدافعين عن الشكلية، أنها كانت العدو اللدود للتعسف والأخت التوأم للحرية، فهي تحارب التعسف وبالتالي تحمي الحرية. ففرض شكليات معينة لتأطير إرادات الأطراف المتعاقدة يوفر لهم الكثير من المنافع، فوجود الشكلية يمهّل المتعاقدين للتفكير والتروي، وبالتالي معرفة مضمون وأسباب ما هم مقدمون على فعله، فتجنبهم بالتالي المفاجآت غير السارة. والشكلية لا ينحصر دورها في إعطاء المتعاقد مهلة للتفكير أو تلزم توافر شهود لإثبات شرعية العقد، إنها اليوم آلية لتأطير إرادات الأطراف المتعاقدة اجتماعيا، فهي تذكرهم بأن يلزموا أنفسهم وأن القانون له أن يتدخل في علاقتهم ويضبطها.

حقيقة أنه يتم الإشادة بالرضائية لأنها تسرع تكوين العقد إلا أن ذلك لم يسمح بنسيان بعض فضائل الشكلية. فالشكلية التعاقدية التي تستخدم لتنفيذ التزام بالإعلام قبل التعاقد، هي لا تمس بسيادة الإرادة التعاقدية بل تسمح لها بأن تكون مستنيرة. كما لا يقتصر فرض الشكلية على مرحلة ما قبل التعاقد، بل نجدها أيضا في مرحلة التعاقد، وهي في كل الحالات تحفظ مصالح المستهلكين وتوفر لهم الأمن القانوني اللازم، ومجال القروض أفضل مثال على ذلك³. وغاية الشكلية الإعلامية تنوير رضا المستهلك، فهذا الأخير عند تعبيره عن رضاه يستعين بوجودها لتعويض افتقاره للمعلومات التي يتحكم فيها المهني. كما أن اعتمادها يقلل النزاعات بين المتعاقدين لأنها تعطيهم توضيحا دقيقا لما يحتويه العقد.

¹ - Yves PICOD et Hélène DAVO, Droit de la consommation, Dalloz, 2005, p. 121.

² - F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, 11 ème édition, Dalloz, 2013, n° 143.

³ - القسم السادس من قانون 31.08.

إن فوائد الشكالية تؤكد أن القانون لم يتخل عنها تماماً فهي تعرف عودة وانبعاثاً مميزاً في وقتنا الراهن، لكن يبقى أنها لسيّت كلها مزايا بل لها من العيوب نصيب، فقد تظهر خطورتها إن لم يكن للمتعاقد نفس المستوى المعرفي المتعلق بالشكليات المفروضة، كما أن التقيد بها أحياناً يكون مملاً وتتباين مزاياها بتباين الصور التي تتخذها¹.

المطلب الثاني: صور الشكالية الاستهلاكية

تظهر الشكالية الاستهلاكية من خلال العديد من الصور² وهي كلها من خلق المشرع، أي هي مجموعة التزامات وضعها المشرع على عاتق المهني بهدف تنوير رضا المستهلك، وبالتالي حمايته من حيل المهني من جهة، ومن طيشه في اتخاذ القرارات المتسريعة من جهة ثانية. ومن خلال هذا المطلب سنتناول مختلف هذه الصور، بدءاً بتطلب كتابة بعض البيانات في العقود الاستهلاكية (الفقرة الأولى) ثم البيانات الإلزامية (الفقرة الثانية) فتقديم مجموعة من الوثائق مسبقاً لكل مستهلك ينوي التعاقد (الفقرة الثالثة) ثم أخيراً الإشهار الموجه للمستهلكين ووضوحه (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: شرط الكتابة

إن إلزامية الكتابة، بما فيها الإلكترونية³، تكون في حالات عديدة وهي تتعدى مسألة الإثبات إلى كينونة العقد في حد ذاته، ومضمون الكتابة هو في أغلبه يفرضه القانون، الأمر

¹ - الزهرة رزايقية، م. س، ص 98.

² - تتنوع تطبيقات الشكالية، فقد تتمثل في ضرورة الحصول على شهادة إدارية من السلطة المحلية أو اشتراط حضور شاهدين أو في ضرورة تحرير العقد في ورقة رسمية أو عرفية، كما تنحصر الشكالية في شرط الإذن.
- للمزيد بخصوص تطبيقات الشكالية، انظر:
- شكري أحمد السباعي، نظرية بطلان العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود، الطبعة الأولى، 1971، الرباط، ص 207 وما بعدها.

³ - المادة 1-1108 (عوضت بالمادتين 1365 و1366 في تعديل 10-02-2016) من القانون المدني الفرنسي تنص على أنه: "عندما تكون الكتابة مطلوبة لصحة تصرف قانوني، فإنه يمكن أن ينشأ ويحفظ في شكل إلكتروني...". ويحيل النص إلى الشروط المنصوص عليها في المادتين 1316-4 و1316-1 بخصوص المحرر العرفي، وإلى المادة 1317 بالنسبة للمحرر الرسمي. ومن هذه الشروط أن تسمح الكتابة بالتحقق من هوية من صدرت منه وأن تحفظ بشروط يكون من شأنها ضمان سلامتها:

- Art. 1108-1 (devenu Art. 1365 et Art. 1366 depuis 10-02-2016) : « Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317. Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de

الذي يوفر أمتنا قانونيا وسرعة في المفاوضات والإشهار. إن كل هذه الاعتبارات تدفع للقول بولادة جديدة للشكالية¹. فلا تنحصر أهمية الكتابة في مادة الإثبات فقط، وإن كان لها دور في هذه المادة أهم من القرائن والشهادة، بل هي أيضا تنير رضا المتعاقد الضعيف، خاصة المستهلك بجعله على دراية تامة بمضمون العقد الذي ينوي الالتزام به. ويعتبر قانون الاستهلاك من التشريعات الحديثة التي تلزم في بعض الحالات المهني بتحرير العقد كتابة، وتضمنه المعلومات اللازمة التي يحتاج إليها المستهلك ليكون عالما بحقوقه والتزاماته ومن ثم يتعاقد وهو على يقين بسبب ذلك.

وفي هذا السياق، فقد ألزم قانون الاستهلاك الفرنسي كتابة العقود المبرمة خارج المحلات التجارية في المادة L 221-8 التي تفرض على المهني تقديم معلومات معينة نصت عليها المادة L 221-5، تكون مكتوبة على أي دعامة يرتضيها المستهلك، لكن شرط أن تكون واضحة ومقروءة. وهو ما يقابل المادة 48 من قانون 31.08 المغربي². وكذلك تشير المادة L 223-3 من قانون البناء والتعمير الفرنسي إلى وجوب كتابة عقد الترقية العقارية، متضمنا مجموعة من التصريحات، منها المواصفات والشروط الفنية لتنفيذ الأعمال، السعر المتفق عليه والحدود والشروط التي يمكن أن تحدث بموجبها مراجعة السعر وغيرها من البيانات المذكورة في المادة، وإلا عد العقد باطلا³، وهو ما نص عليه الفصل 489 ق. ل. ع⁴ والمادة 54 من

celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même ».

¹ - Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, Droit civil, Contrat, 3^{ème} édition, Litec, Paris, 1989, p.11.

² - مصطفى مالك، حماية المستهلك في البيع خارج المحلات التجارية، مجلة الدفاع، العدد 7، أكتوبر 2011، ص 124.

³ - Voir le code de la construction et de l'habitation français.

⁴ - الفصل 489 ق. ل. ع: "إذا كان البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رسميا، وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ. ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون".

⁵ - المادة 4 م. ح. ع: "يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها وكذا الوكالات الخاصة بها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول الترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك..."

مدونة الحقوق العينية¹ التي اعتبرت الشكلية في العقد العقاري² شكلية انعقاد. وتلعب الشكلية دورا أساسيا في دائرة العقود العقارية لأنها تلفت انتباه المستهلك إلى خطورة بعض التصرفات القانونية، خاصة النتائج المترتبة عنها على مستوى الذمة المالية³، وذلك بفضل تدخل مهني كالموثق الذي يعمل على تنوير المتعاقدين حول شروط العقد ودقتها⁴. ولقضاة الموضوع سلطة تقدير وضوح البيانات الموجهة للمستهلك وإمكانية قدرته على قراءتها، والإدلاء بمدى تمكنه من معرفة الشروط العامة للعقد⁵.

ونظرا لأهمية وخطورة هذه العقود التي يبرمها المستهلكون، حاول المشرع تنظيمها بقواعد أمره سواء في مرحلة ما قبل التعاقد أو مرحلة إبرام العقد أو حتى مرحلة آثار العقد، فهو بالتالي رسم لها إطارا شكليا قانونيا. ومن هذه العقود نجد عقود الاقتراض ومنها عقد القرض الاستهلاكي، فقانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2010 المتضمن إصلاح القرض الاستهلاكي نقل التوجيه الأوروبي لسنة 2008، التي أحدثت تغييرا جديا في الفصل المتعلق بالقرض الاستهلاكي، وذلك من المواد L 312-1 إلى L 312-94⁶. وفي مجال الائتمان، كل ما يقدم للمستهلك من معلومات قبل إبرامه العقد سيساعده على اختيار أفضل القروض، وبالتالي تتضح له حدود حقوقه والتزاماته. وفي هذا السياق، تمنح للطرف المقترض بطاقة معلومات تتضمن الصيغة المطلوبة في كل إعلان يسعى لجعله يدرك أنه عليه لأن يسدد للمقرض. وبما أن قرض الاستهلاك مرتبط بعقد، فهذا الأخير يجب أن يسبق بعرض، خصه المشرع الفرنسي في تقنين الاستهلاك بقواعد خاصة، ويجب أن يكون هذا العرض مكتوبا أو على وسيط دائم آخر، وذلك طبق للمادة L 312-12.

¹ - ظهير شريف رقم 1.14.50 صادر في 8 ذي الحجة 1438 (30 أغسطس 2017) بتنفيذ القانون رقم 69.16 القاضي بتنظيم المادة 4 من القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، ج. ر عدد 6604 بتاريخ 23 ذي الحجة 1438 (14 شتنبر 2017)، ص 5068.

² - تعريف العقد العقاري ينطلق من تعريف العقد كتوافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله، وعندما يكون محل هذا العقد عقارا فهو عقد عقاري *contrat immobilier*، وهو من العقود الشكلية *contrats solennels* التي لا يكفي لانعقادها اقتران الإيجاب بالقبول، بل لا بد من اتباع شكل مخصوص يحدده القانون.

³ - المادة 274 م. ج. ع: "يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي".

⁴ - سارة عبد الصمد، م. س، ص 27.

⁵ - Cass. 1^{re} civ, 3 mai. 1979 :D. 1980, inf. rap. p. 262.

⁶ - التوجيه الأوروبي CE/48/2008 للبرلمان والمجلس الأوروبي، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008، يتعلق بالقرض الاستهلاكي.

بينما في التشريع المغربي، نجد القانون 31.08 قد خص أيضا القرض الاستهلاكي بتدقيق كبير، حيث نصت المادة 78 على مجموعة من المعطيات التي يجب أن يتضمنها العرض المسبق، بما ينير رضا المستهلك المقبل على إمضاء العقد. وكذلك المادة 10 من مدونة التأمينات¹، التي نصت على أنه "يسلم المؤمن للمؤمن له قبل اكتتاب العقد نسخة من مشروع العقد يتضمن السعر أو بيانا للمعلومات يبين على الخصوص الضمانات والاستثناءات المتعلقة بها، وسعلا هذه الضمانات والتزامات المؤمن له...."²، وخاصة المادة 12 التي فصلت الشروط العامة والخاصة ومختلف البيانات الواجب توافرها في عقد التأمين.

الفقرة الثانية: البيانات الإلزامية

تحتل المعلومة مكانة هامة في قانون الاستهلاك الذي ألزم المهني بإعلام المستهلك³ بمجموع العناصر والخصائص الأساسية للعقد، وهو دليل واضح على التدخل الصارم للمشرع في العلاقات التعاقدية الاستهلاكية. ويتمحور دور البيانات الإلزامية في تنوير رضا المستهلك بما يسعى المهني أحيانا إلى تضليله، إذا ما أتاحت له فرصة تحرير العقد بكل حرية، حيث يتطلب الأمر أحيانا أن يكتب المستهلك بعض البيانات بخط يده. وعلى سبيل المثال، في قانون الاستهلاك الفرنسي، تلزم المادة L313-6 المتعلقة بالقرض العقاري، أن يتضمن كل إشهار مجموعة من البيانات الإلزامية، كتحديد هوية المقرض أو وسيط الانتماء، وطبيعة القرض والغرض منه. وهو ما يقابل المادة 115 من القانون 31.08 التي فرضت نفس الشكليات الواردة في النص الفرنسي.

كما نجد المادة L 111-1 تشير إلى الالتزام الملقى على عاتق أي محترف، بائع سلعة أو مقدم خدمة، بأن يوفر للمستهلك كل المعلومات الضرورية المتعلقة بالخصائص الأساسية

¹ - القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، ج. ر عدد 5054 الصادرة في 2 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002)، ص 3105.

³ - Guy Raymond, Information du consommateur, concurrence consommation, éd. JCP. 1997, fascicule 845.

للسلعة أو الخدمة، وذلك قبل إبرام العقد، أما المادة 1-112 L فستوضح سبل تبليغه بذلك. وهو ما يقابل النصوص الواردة في الباب الأول من قانون الاستهلاك المغربي (المادة 3 خاصة).

وكذلك الأمر في القانون رقم 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع¹، حيث جاء في مادته الرابعة أنه "تطبق العقوبات المنصوص عليها في الفصل الأول على كل من خادع المتعاقد أو حاول خداعه:

- في ماهية البضائع وخصائصها الجوهرية وتركيبها ومحتواها من العناصر المفيدة.
- أو في نوعها أو منشئها عندما يتبين من الاتفاق أو الأعراف أن تعيين النوع أو المنشأ المنسوب زورا إلى البضائع يجب اعتباره السبب الأساسي لالتزام المتعاقد.
- أو في كمية الأشياء المصنوعة أو المعبأة أو المخزونة من أجل البيع أو المبيعة أو المسلمة.
- أو في هويتها وذلك بتسليم بضاعة غير البضاعة المعينة التي كانت محل العقد.
- ويحكم وجوبا بعقوبة الحبس إذا ارتكبت الجنحة أو وقعت محاولة ارتكابها بواسطة بيانات مدلس فيها، تحمل على الاعتقاد أن الأمر يتعلق بعملية صحيحة أو بمراقبة رسمية لا أصل لها، أو بواسطة موازين ومقاييس مزيفة أو غير صحيحة أو مناورات أو أساليب تهدف إلى تزييف عمليات الوزن أو القياس أو التحليل أو المعايرة".

وكذلك فيما يخص التجارة الإلكترونية، فأحكام الفصول من 1-65 إلى 4-65 من ق. ل. ع تفصل الالتزامات التي يجب أن يفرض بها صاحب العرض للمتعاقد الآخر، وأيضا المادة 29 من قانون تدابير حماية المستهلك، تلزم المهني بضرورة الإدلاء بمجموعة من المعطيات والبيانات الضرورية لتوفير رضا المستهلك، سواء تلك المتعلقة بالسلعة أو الخدمة أو بهوية المورد أو كفاءات الأداء وتكلفة استعمال تقنية الاتصال عن بعد غيرها من المقتضيات.

ولا تتوقف الشكلية الإعلامية في عقد القرض على مرحلة إبرام العقد فقط، بل تبقى سارية المفعول فيما يخص التعديلات التي قد تطرأ على هذا العقد، حيث يبقى المهني المقرض

¹ - ظهير شريف رقم 108-83-1 صادر في 9 محرم 1405 (5 أكتوبر 1984) بتنفيذ القانون رقم 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع. ج. ر بتاريخ 20 مارس 1985.

ملزماً بإعلام المستهلك المقترض بكافة التعديلات التي قد تطرأ على القرض. كأن يخطره، في حال تخلفه عن السداد، بالمخاطر القانونية التي قد يتكبدها¹.

الفقرة الثالثة: التقديم المسبق للوثائق

إن المستهلك الحذر لا يقدم على التزام إلا بعد قراءة مضمون العقد المولد لهذا الالتزام بتأن ودقة، وذلك بعد حصوله، طبعاً، على الوثائق التعاقدية والاحتفاظ بها لبضعة أي أيام. وإن كان بعض المحترفين يحرمون المستهلكين ها الحق برفضهم منحهم مثل هذه الوثائق، طالما أنهم لم يبرموا معهم العقد، وكل ذلك ليحرموهم من التفكير في بنود العقد بترو قبل التوقيع عليها. وقد جاء نص المادة 1-114 L من قانون الاستهلاك الفرنسي "على المحترفين، بائعين كانوا أو مقدمي خدمة، أن يقدموا لكل شخص مهتم ويطلب ذلك، نسخة من الاتفاقات التي يقترحونها عادة".

بينما المشرع المغربي قد أشار إلى مثل هذا الالتزام في الفقرة الأولى من المادة 3 من قانون 31.08 حيث جاء فيها "...يجب على كل مورد أن يمكن المستهلك بأي وسيلة ملائمة... وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكانياته".

الفقرة الرابعة: شكلية الإشهار

في الواقع، لم يتم تقرير الشكلية لتنوير رضا الأطراف أو كليهما فقط، بل قد تكون غايتها على وجه الخصوص هي إتمام شكليات تتعلق بالإشهار، وفي هذه الحالة تصبح الكتابة حتمية، لأنه لا يمكن نشر إلا ما هو ثابت بالكتابة، فإذا أقر المشرع في بعض الحالات الكتابة العرفية، ففي وضعيات أخرى لا يرضى إلا بالعقد الرسمي.

وحسب قانون الاستهلاك الفرنسي، فإن إشهار القرض الاستهلاكي، يجب أن يوضح بدقة الخصائص الأساسية للقرض، وذلك مهما كان الوسيط الذي يعرض عليه هذا الإشهار، وهذا

¹ - الزهرة رزايقية، جامعة جيجل، وعصام نجاح، جامعة قالمة، الشكلية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 2، سبتمبر 2019، ص 101.

ما جاء في نص المادة 6-312 L. أما بالنسبة للتشريع المغربي للاستهلاك، فنص المادة 76 يفرض في كل إشهار مكتوب، وكيفما كانت الوسيلة المستعملة، أن تنص على طبيعة العملية وباقي تفاصيلها مكتوبة بحروف لا يقل حجمها عن الحجم المستعمل للإشارة إلى كل معلومة أخرى تتعلق بمميزات التمويل ومدرجة في صلب النص الإشهاري.

ومن المظاهر الهامة أيضا لحضور الشفافية في عقود الاستهلاك، هو احترام إجراءات العرض المسبق، وحرص المهني على استقاد المستهلك من هذه التقنية ذات الأثر الكبير على ما يلحق بها من التزامات يقدم عليها المستهلك.

المبحث الثاني: العرض المسبق كمظهر من مظاهر الشفافية "عقد القرض الاستهلاكي نموذجاً"

طابع الخطورة المفرطة التي يتميز بها القرض الاستهلاكي وحساسية دوره الإئتماني في مجال الاستهلاك، وجسامة ما يترتب عليه من آثار قد تعصف بمداخل المستهلك وتدخله في مستنقع المديونية، فرض على المشرع المغربي والمقارن تعزيز المعرفة الموضوعية للمستهلك أثناء اتخاذه لقرار الاقتراض من أجل الاستهلاك. ويتم ذلك من خلال اعتماد أسلوب العرض المسبق الذي يفرض قيوداً من نوع خاص على المبادئ التقليدية لسلطان الإرادة.

فقد أضحى الالتزام بالإعلام وباقي المقتضيات التي جاء بها قانون الاستهلاك المطبقة على العلاقات بين المهنيين والمستهلكين بصفة عامة، غير كافية لتحقيق الشفافية في حالات خاصة كتلك المتعلقة بالقرض. فعكس باقي التقنيات التشريعية والقضائية، فإن العرض المسبق وما يرتبط به من تقنيات ذات خصوصية متفردة ومتداخلة فيما بينها لم تمنح لكل مستهلك، بل حدد مجالها في مواضيع خاصة، وعلى رأسها القرض الاستهلاكي¹. فالمقرض ملزم بتقديم عرض مسبق في كل عقد من شأنه أن يؤدي إلى الحصول على ائتمان استهلاكي، بكيفية تجعل المستفيد منه يقدر تماماً طبيعة ومدى الالتزامات المالية التي قد يتحملها وكذا شروط تنفيذها.

وأكد المشرع المغربي على ذلك في المادة 77 من قانون 31.08 التي جاء فيها أنه "يجب أن يسبق كل عملية قرض منصوص عليها في المادة 74² عرض مسبق يحرر بكيفية تمكن المقرض من تقييم طبيعة ومدى الالتزام الذي يمكن أن يتعهد به وشروط تنفيذ العقد المذكور. ويجب أن تنجز عمليات القرض الواردة في المادة 74 وفق بنود العرض المسبق الذي تسلم نسختان منه مجاناً إلى المقرض وعند الاقتضاء نسخة إلى الكفيل. كما يلزم المقرض عند تسليم العرض المسبق بالإبقاء على الشروط الواردة فيه خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام من تاريخ تسليمه للمقرض".

¹ - عمرو قريوح، الحماية القانونية للمستهلك، القرض الاستهلاكي نموذجاً، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الأول، وجدة، الموسم الجامعي 2006-2007، ص 231.

² - المادة 74 ق. ح. م: "...تدخل في عمليات القرض الإيجار المفضي إلى البيع والإيجار مع خيار الشراء والإيجار المقرون بوعده البيع وكذا البيع أو تقديم الخدمات التي يكون أداؤها محل جدولة أو تأجيل أو تقسيط".

وعلى خلاف القواعد العامة التي تجعل من الراغب في التعاقد هو الموجب الداعي إلى التعاقد، فإن التنظيم التشريعي في القوانين المقارنة والقانون المغربي القاضي بتدابير لحماية المستهلك، تجعل من المقرض هو الذي يعرض التعاقد دائما¹. فلا يتصور في هذه القواعد، أن يكون المستهلك المقترض طرفا موجبا، رغم أن الغالب هو أن هذا الأخير هو الذي يلتزم إبرام العقد، فالمقرض ملزم بأن يوجه للمقترض عرضا مسبقا بالتعاقد، وذلك من خلال تسليم نسختين منه للمستهلك كما رأينا في نص المادة 77 المشار إليها أعلاه.

هذا التحديد القانوني لوضعية الطرفين، ليس مقصودا لذاته، وإنما هو نقطة انطلاق مناسبة لعمل مختلف أشكال الشفافية المرتبطة بالعرض المسبق أثناء تكوين رضاء المستهلك، بفرض شكلية معينة، فالعرض المسبق يجب أن يكون مكتوبا، ويجب تمكين المستهلك من مهلة التفكير الهادئ تنطلق من تاريخ تسليم العرض، ومن مهلة أخرى توضع رهن إشارة المستهلك المقترض، وهي الحق في العدول. هذه الوسائل الحمائية المرتبطة بالعرض المسبق، جعلت منه مفتاح النظام القانوني لعقد القرض الاستهلاكي، مستهدفا من ورائها ضمان شفافية التعاقد من خلال تمكينه من تقدير طبيعة وأبعاد وآثار الالتزامات التي هو مقبل عليها، ومن معرفة موضوعية لشروط التعاقد، بعيدا عن أي تأثير أو اندفاع يؤدي به إلى تحمل التزامات ما كان ليقبلها لو توفرت لديه الإمكانيات الضرورية لتقدير تصرفاته.

خلاصة القول، فالعرض المسبق هو تجديد تشريعي جدير بالاهتمام خاصة على مستوى الأثر الذي تتركه مثل هذه الوسائل على المبادئ القانونية التقليدية للتعاقد، لذلك كان الجدل الفقهي حول الطبيعة القانونية لهذه الوسائل كبيرا. وللتدقيق في كيفية عمل آلية العرض المسبق، سنتطرق لخصوصيته (المطلب الأول) وطبيعته القانونية (المطلب الثاني).

¹ - يؤكد د. D. Martin بأن العرض المسبق هو: "وعد نهائي بالتعاقد من جانب واحد بالشروط التي يتضمنها، لأنه يشكل مشروعا حقيقيا ونهائيا للعقد، ولا ينقص من ذلك كون التكوين القانوني يبقى معلقا على مجرد القبول من جانب المستهلك، ويؤيد ذلك تبعا لنفس الاتجاه كون العرض ملزم لا يمكن للبنك سحبه أو تعديله، وأن المهلة القانونية الممنوحة للمقترض هي مهلة من النظام العام".
- للمزيد، انظر:

- Didier MARTIN, La défense du consommateur à crédit, RTD. Com, 1987, n° 37, p. 639.

المطلب الأول: خصائص العرض المسبق

نقصد بخصائص العرض المسبق، كونه شكليا (الفقرة الأولى) وملزما (الفقرة الثانية) ومجانيا (الفقرة الثالثة) وخاضعا لمبدأ حرية الإثبات (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: شكلية العرض المسبق

يتميز العرض المسبق بكونه إعلاما خاصا وشكليا، حيث ألزم المشرع من خلال المادة 77 من قانون 31.08 مؤسسة الائتمان المانحة للقرض الاستهلاكي بتقديم العرض المسبق على شكل محرر مكتوب يتضمن طائفة من البيانات الإلزامية إلى المقترض¹، وذلك تنويرا لرضاء هذا الأخير من استغلال إرادته ودفعه نحو القبول بالقرض على عجل ودون معرفة سابقة لالتزاماته ودون دراسته لشروط العقد². فلا خلاف إذن أن المشرع ألزم المقرض بإعلام المقترض بشروط العقد المزمع إبرامه كتابة ولم يترك له الخيار بين الوسيلة الشفوية والوسيلة الكتابية، ليمنح للمستهلك مهلة إضافية للتفكير.

لقد اختار المشرع من بين الشكليات الكتابية كوسيلة للإدلاء بالمعلومات إلى المقترض، نظرا لفعاليتها في تنويره، وتميزها بالثبات والدوام، وتسهيل على المقترض المحتمل الاطلاع ليها مرات عديدة طيلة مهلة التفكير، فهي تقدم له إعلاما متكررا من دون الحاجة إلى الاستعانة بالبنك من جديد. كما تمكن من تفادي الأضرار التي قد تنتج عن سوء الإعلام. فالتروي في إبرام العقد الاستهلاكي من خلال تقنية العرض المسبق وتحريره كتابة، يضمن له أخذ المعلومات الكافية عن شروط العقد وظروف تنفيذه، وغياب هذه الكتابة قد يؤدي إلى تسرعه بالالتزام دون تقدير موضوعي لالتزاماته³.

¹ - Marcel FONTAINE, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, op. cit, (Rapport de synthèse), p. 627.

² - وهو ما أكدت عليه المادة 117 فيما يتعلق بالقرض العقاري، وفصلت بياناته المادة 118 من ذات القانون.

³ - عبد المهيمن حمزة، تبصير المستهلك عبر تقنية العرض المسبق في القروض العقارية على ضوء القانونين المغربي والفرنسي، مؤلف جماعي، مقال بالمجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الطبعة الأولى، 2020، ص 99.

كما تتجسد هذه الشكلية في الشروط التي ألزمت المادة 78 من قانون 31.08 أن يتضمنها العرض المسبق والتي حددتها كما يلي:

- أن يقدم بصورة واضحة ومقروءة.
- أن يشير إلى هوية الأطراف وعند الاقتضاء هوية الكفيل.
- أن يحدد مبلغ القرض وعند الاقتضاء أقساطه المستحقة دوريا، وطبيعة وموضوع العقد وكيفية إبرامه، بما في ذلك إن اقتضى الحال شروط التأمين عندما يطالب المقرض به¹، وكذا التكلفة الإجمالية المفصلة للقرض وسعره الفعلي الإجمالي عند الاقتضاء، ومجموع عمليات التحصيل الجزافي المطلوبة بالإضافة إلى الفوائد مع التمييز بين تلك المتعلقة بالمصاريف الملف وتلك المتعلقة بالمصاريف المؤداة عن كل استحقاق.
- أن يذكر حسب الحالة بأحكام المواد من 85 إلى 87 بإدخال الغاية والمادة 108 وإم اقتضى الحال المواد من 91 إلى 99 والمواد من 103 إلى 107 والمادة 83 والمادة 111.
- أن تبين فيه إن اقتضى الحال السلعة أو المنتج أو الخدمة التي سيتم تمويلها.
- أن تبين الأحكام المطبقة في حالة التسديد المبكر أو توقف المقرض عن الأداء طبقا لأحكام الفرع 6 من هذا الباب.

ومن خلال هذه البيانات، يتضح أن الإعلام الذي يقدمه العرض المسبق يتسم بالدقة والتفصيل، الأمر الذي يزيد من تنوير وتبصير إرادة المقرض في فترة إبرام العقد وفق فكرة التكوين التعاقبي أو التدريجي للرضا. مما يدل على رغبة المشرع في الحد من احتمالات التضليل أو الضغط أو التدليس التي تتبعها الأبنك لاستدراج المقرضين إلى التعاقد بطرق غير مشروعة.

¹ - في هذا السياق، صدر عن المحكمة الابتدائية المدنية بالبيضاء حكما قضائيا استعجاليا تحت رقم 466 بتاريخ 24-01-2022 في الملف رقم 21/1101/5868 يلزم بنك "مصرف المغرب Crédit du Maroc" بتسليم الزبون نسخة طبق الأصل من عقد التأمين المبرم في إطار ملف قرض عقاري تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 300 درهم عن كل يوم تأخير.

ومن أهم البيانات الحمائية التي يجب أن يتضمنها العرض المسبق، إبراز التكلفة الإجمالية المفصلة للقرض وسعره الفعلي الإجمالي تحت طائلة سقوط حق البنك في الفوائد، وذلك طبق للمادة 89 من قانون 31.08. ويراد بالسعر الفعلي الإجمالي، السعر المحدد وفقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، وهذا يخيّلنا على المادة الأولى من منشور بنك المغرب رقم 19/ و/ 2006 الصادر في 23 أكتوبر 2006 بشأن الحد الأقصى للفوائد التعاقدية المستحقة لمؤسسات الائتمان، والتي حددت العناصر المكونة للسعر الفعلي الإجمالي والعناصر المستثناة منه، تطبيقا للمادة 3 من قرار وزير المالية والخصوصية رقم 2250-06 الصادر في 29 شتنبر 2006 بشأن الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية لمؤسسات الائتمان¹.

رغم كل هذه الإيجابيات التي يكتسيها العرض المسبق، إلا أن المشرع أغفل التنصيص على اللغة المعتمدة في صياغته والمواصفات التي ينبغي أن يتسم بها من وضوح ودقة حتى تكون مقروءة ومفهومة، وهذا العوار قد يستغل من طرف مؤسسات بصياغة العرض بلغة أجنبية وعدم اعتماد اللغة الرسمية، أو كتابة الشروط والبيانات بشكل مصغر أو في ظهر الوثيقة وبشكل لا ينتبه المقترض إليه.

الفقرة الثانية: إلزامية العرض المسبق

اعتمد المشرع أسلوب الوجوب في مطلع المادة 77 من قانون تدابير حماية المستهلك، بقول: "يجب أن يسبق كل عملية قرض منصوص عليها في المادة 74 عرض مسبق للقرض..." كما فعل نفس الشيء مع مطلع المادة 78 من نفس القانون بقوله: "يجب أن يستوفي العرض المسبق".

فمن خلال صياغة هاتين المادتين يتضح أن المشرع استعمل صيغة الإلزام، إضافة إلى كون هذه المقتضيات تعد من النظام العام²، بل إن مخالفتها سواء بالامتناع عن تقديم العرض

¹ - عبد المهيمن حمزة، م. س، ص 102.

² - المادة 151 ق. ح. م: تعتبر أحكام هذا القسم (القسم الأول) من النظام العام.

المسبق بصفة نهائية أو بعدم مطابقته للمقتضيات والشروط القانونية يترتب عنها معاقبة المقرض بالغرامة من 6.000 إلى 20.000 درهم¹.

الفقرة الثالثة: مجانية العرض المسبق

قرر المشرع مجانية العرض المسبق في القرض الاستهلاكي، حيث إن المقرض لا يتسلم من المقترض أي مقابل مادي أو عمولة عن قيامه بإعداد العرض المسبق وتوجيهه للمستهلك، فالفقرة الثانية من المادة 77 من قانون 31.08 تنص على أنه: "يجب أن تنجز عمليات القرض الواردة في المادة 74 وفق بنود العرض المسبق الذي تسلم نسختان منه مجانا إلى المقترض وعند الاقتضاء نسخو إلى الكفيل..."

وبالتالي، فالمشرع أحسن صنعا بإقراره بجانبة العرض المسبق حتى لا يشكل عامل تأثير وضغط على المقترض في هذه المرحلة التمهيدية التي ينبغي أن يتخذ قراره فيها بكل طمأنينة، من خلال مهلة التفكير في دراسة العرض ومقارنته بالعروض الأخرى المقدمة له من مؤسسات الائتمان الأخرى، وهذا لن يتأتى له إذا كان العرض مؤدى عنه ويزيد من التكاليف المالية التي سيتحملها، خاصة إذا كان يرغب في تلقي عروض متعددة لمقارنتها واختيار الأنسب منها، مما سيفرغ مؤسسة العرض المسبق من محتواها الحقيقي.

الفقرة الرابعة: حرية الإثبات في العرض المسبق

يعد الالتزام الذي يلقيه المشرع على البنك بإعلام المقترض عن طريق العرض المسبق قبل إبرام العقد التزاما بنتيجة، وعليه فإن عبء إثبات تنفيذه يقع على عاتق البنك، حيث يوجب الفصل 400 من ق. ل. ع² على من يدعي انقضاء أو عدم نفاذ الالتزام تجاهه أن يثبت ادعاءه، وبالتالي فإن التطبيق المباشر لهذه المقتضيات في مجال الالتزام بتوجيه العرض المسبق إلى

1 - المادة 187 ق. ح. م: "يعاقب من 6.000 إلى 20.000 درهم المقرض الذي يغفل التقيد بالإجراءات المقررة في المواد من 77 إلى 83 وعن إدراج الاستثمار للاقتطاع في عرض القرض تطبيقا للمادة 85".

2 - الفصل 400 ق. ل. ع: "إذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه".

المقترض يؤدي إلى القول: إن البنك المدين بالالتزام بالإعلام هو الذي يقع عليه عبئ إثبات توجيهه للعرض المسبق إلى المقترض.

المطلب الثاني: ارتباط العرض المسبق بوقت التفكير والتروي

انطلاقاً من إصدار المقرض للعرض المسبق، ينطلق حق المستهلك في التفكير لمدة محددة بقوة القانون في سبعة أيام حسب منطوق المادة 77 من قانون 31.08، وبالموازاة مع ذلك يظل المقرض ملزماً بالعرض طوال هذه المدة.

فالمدة المقررة لصالح المستهلك هي في انسجام تام مع أسلوب الحماية الوقائي¹ الذي تتميز به عقود الاستهلاك. فماهي المنفعة من تلقي إعلام كامل إذا لم يكن هناك وقت لتمثله وتقدير أهميته؟، إضافة إلى أن المقترض يمكنه في سعيه للحصول على القرض أن يحصل على أكثر من عرض واحد، في نفس الوقت أو في أوقات مختلفة، فيكون كل المقرضين الذين حصل منهم على عرض مسبق ملزمين بعروضهم خلال المهلة القانونية، بينما لا يلزم هو بأي عرض، وإنما يبقى له حق الاختيار بين العروض متاحاً، ولا شك أن في الحالتين معاً، فإن تمكين المستهلك المقترض من وقت للتفكير تدبير حمائي بالغ الأهمية، فهو وقت للتداول حول ملاءمة العملية ويمكن المستهلك من تقدير العواقب بعيداً عن أي ضغط، ويفتح له باب الموازنة بين عروض عديدة²، لتحديد القرض الذي يقدم له ميزة أكبر من غيره وفق إمكانياته، ووقاية من التعبير عن رضا متعجل وغير مدروس³. وعليه، فإن مهلة التفكير تعتبر امتداداً طبيعياً لالتزام المقرض بالإعلام، حيث إن الإعلام المجرد لا تكون له أي فعالية إذا لم يكن مقترناً بوقت للتفكير والتروي⁴. فهي إذن المدة الإلزامية التي سعى من خلالها المشرع إلى تقوية

¹ - نظراً لعدم كفاية أحكام عيوب الرضا في النظرية العامة للعقود.

² - Jaques MESTRE, Les procédures préalables institutionnalisées, Revue de jurisprudence commerciale, n° spécial 39, année n° 11, Novembre 1995 : L'échange des consentements, Colloque de DEAUVILLE, p. 35.

³ - عمرو قريوح، م. س، ص 241.

⁴ - Anne SINAY- CYTERMANN, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, in : La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons franco- belges), L.G.D.J, Tome 261, 1996, p. 253.

حماية الطرف الذي وجه إليه العرض، وذلك بمنعه من التعاقد قبل حلول الفترة المحددة قانوناً¹. ذلك أن منح مهلة التفكير والتروي للمستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية لا يمنع كونها مجرد طريقة لإرجاء إبرام العقد إلى حين انقضاء المهلة المخصصة للتفكير².

ولتعزيز الشفافية والحماية، رتب المشرع على مخالفة مهلة التفكير عقوبة تتمثل في غرامة من 6.000 إلى 20.000 درهم بالنسبة للمقرض الذي يحمل المقرض على توقيع العرض، أو يتلقى منه قبوله دون أن يتضمن أي تاريخ، أو يتضمن تاريخاً مغلوفاً من شأنه أن يوهم بأنه تم قبول العرض بعد انصرام أجل سبعة أيام.

وخلاصة القول، إن التنظيم القانوني للعرض المسبق، لا يجعل من الوقت عنصراً أساسياً في العقد وداخلاً في تكوينه فقط، بل يستعمله لمصلحة المستهلك المقرض، راجعاً بدون شك في جعل رضا المقرض متداول فيه *délibéré*، لذلك فهو ثمرة توظيف لمسلسل القرار القائم على مراحل الفهم *conception* والمداولة *délibération* والقرار *décision* والتنفيذ *exécution*، إنه لأول مرة يدخل عنصر الزمن³ والمدة ليس فقط في المجال العقدي ولكن في العقد ذاته⁴.

¹ - Laurent BRUNEAU, Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant, Thèse en droit privé, université Toulouse, 2005, p. 398.

² - أمينة اضربينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية: 2014-2015، ص 186.

³ - للمزيد حول أهمية الزمن في حماية المستهلك، سواء قبل التعاقد أو قبله، انظر: سكيبة نصور، الزمن في قانون الاستهلاك، دراسة مركزة على قانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، دار الآفاق المغربية، 2021.

⁴ - عمرو قريوح، المرجع نفسه، ص 243.

الفصل الثاني: آليات تحقيق الشفافية في عقود الاستهلاك

في ظل شدة التنافس على تحقيق الربح والرغبة في فرض الهيمنة الاقتصادية في الأسواق لجذب أكبر عدد من الزبناء، يلجأ الكثير من المهنيين إلى ممارسات مضرّة بالمستهلك سواء باستهواء نفسيته أو ابتكار وسائل جديدة للتعاقد تبهر المستهلك وتدفعه إلى التعاقد بشروط قد تكون محففة وتعسفية، كثيرا ما يصعب عليه مواجهتها لقلة خبرته في مثل هذه الحالات. وحيث إن الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك تلحق ضررا بالغاً بالمستهلك، فإن التشريعات الاستهلاكية أولت عناية خاصة بها نظرا لعجز المستهلك عن اكتشافها بمفرده¹.

ولضمان شفافية التعاقد أيضا كان لابد من فرض مساواة في العلم بين المهني والمستهلك، على نحو يستطيع معه هذا الأخير الوقوف على مدى ملاءمة هذا العقد بالنسبة إليه، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال إعلامه وتعريفه بظروف هذا التعاقد بالقدر الذي ينير رضاه به. ومن أجل ذلك أقرت أغلب التشريعات التزاما جديدا على عاتق المهني يتمثل في التزامه بإعلام المتعاقد الأقل خبرة ودراية بالمضمون العقدي، وخصصت له مكانة مهمة ضمن مقتضياتها الخاصة بالاستهلاك. كما دعم الاجتهاد القضائي النصوص القانونية التي تقرر حق المستهلك في الإعلام، وهو الأمر الذي كان مستبعدا في زمن ليس بالبعيد، فإلى حدود بداية الستينيات من القرن الماضي كان الفقه الفرنسي والمصري يرفض مجرد التوسع في مفهوم مبدأ حسن النية وتوابعه والتي من بينها الالتزام بالإخبار².

وعليه، فقد تعدد مداخل تحقيق الشفافية في عقود التي يبرمها المهنيون مع زبائنهم من المستهلكين بتعدد هذه العقود نفسها وتنوعها وخصوصياتها، لكننا أثرنا أن نركز على موضوعين أساسيين نرى أنهما يشكلان حجر الزاوية في ضمان الشفافية المرجوة، ألا وهما محاربة الشروط التعسفية التي يدرجها الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية (الفرع الثاني)، بعد أن ناقش حقه في إعلام واضح وصادق ودقيق بحقوقه وواجباته (الفرع الأول).

¹ - عبد العزيز حضري، العقود الاستهلاكية، دون إسم المطبعة، 2011-2012، ص 1.

² - Rabih chendeb, Le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative, (droits français, libanais et égyptien), LGDJ, Paris, 2010, p. 156.

الفرع الأول: إعلام المستهلك كآلية لتحقيق الشفافية

كل عقد يجب أن ينعقد عن دراية تامة بآثاره وبالتالي ناتجا عن رضا حقيقي لطرفيه، لكن في عقود الاستهلاك التي تربط المهني بالمستهلك لا يكون الأمر دائما بهذا التساوي في المراكز القانونية والوضوح في الالتزامات المتبادلة، إذ غالبا ما تكون غير متوازنة حيث تميل لمصلحة المهني. هذا اللاتكافؤ هو الذي أفرز حاجة المستهلك الملحة لعدالة عقدية تبتدئ بإخبار نوعي يمكنه من الوصول إلى حاجاته من السلع والخدمات التي تستجيب لانتظاراته المشروعة منها¹.

ويتمتع إعلام المستهلك بضرورة هامة في الدراسات المعنية بالطرف الضعيف في الرابطة العقدية (المستهلك)، وهو الأمر الذي يبين أهمية التساؤل حول ما إذا كان يعتبر حقا لهذا الأخير، أم هو واجب (obligation) على عاتق المهني المحترف؟

الواقع أن الحق في الإعلام من الحقوق الجوهرية للمستهلك خاصة والمتعاقد المهني على العموم، ويعتبر أحد عناصر التنمية والمنافسة المشروعة والجيدة، فكلما كان هناك إعلام وتبصير قبل التعاقد إلا وكان المتعاقد المحتمل على بينة عما سيقبل عليه من التزام، وبالتالي يكون له الاختيار في إمضائه أو التراجع عنه. فلا يمكن إنكار حق المستهلك في الإعلام قبل الاعتراف بضرورة الإعلام كالتزام يقع على عاتق المهني المحترف². ومن ثم فسننصب على تحديد مضمون إعلام المستهلك (المبحث الأول) ثم جزاء الإخلال به (المبحث الثاني).

¹ - Rabih chendeb, op. cit, p. 155.

² - حيث أقر مجلس الدولة المصري فيحكم بتاريخ 16-05-2009 بأن "الحق في المعرفة المقرر لمستهلك ليس حقا ترفيا مقصودا منحه للمستهلك لنص المعرفة دون معنى موقفا إيجابيا بعيد الغاية من تقرير الحق، وإنما يرتبط الحق في المعرفة ارتباطا وثيقا بحق أوسع وأشمل هو الحق في التنمية، الذي نصت عليه المادة الأولى من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة الأولى من إعلان الحق في التنمية الصادر بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 128/41 في 4 دجنبر 1956، كما لا يمكن بدون تمكين المستهلك من الحصول على البيانات والمعلومات، تطبيق القانون على وجهه الصحيح". كما جاء في هذا الحكم أيضا أن "من شأن الأعمال الصحيح لتمتع المستهلك بحق المعرفة أن يؤدي فضلا عن لرقابة جميع ما تقدم إلى تعزيز كفاءة الاقتصاد".

المبحث الأول: مضمون الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك

الأصل أن يتحدد مضمون العقد باتفاق طرفيه، فهذا ما يقتضي إعمال مبدأ حرية التعاقد والنظر إلى العقد باعتباره شريعة المتعاقدين بمقتضى النزعة الشخصية، غير أن الاهتمام بحماية الطرف الضعيف - المستهلك - يقتضي الخروج عن هذا المبدأ في عدد من التطبيقات والتي من بينها عقود الاستهلاك، إذ يتضح بروز الحاجة الفعلية إلى تدخل خارجي لتحقيق الغرض الذي يمثل إشكالا من إشكالات النزعة الشخصية في التعاقد، ألا وهو غرض ضمان شفافية العقود الاستهلاكية حماية للطرف الضعيف¹، رغم أن ذلك يناقض فكرة النزعة الشخصية كأصل عام.

فالالتزام بالإعلام من بين الالتزامات التي جاءت لتوسع من مضمون العقد الاستهلاكي، والذي كرسه المشرع من خلال قانون حرية الأسعار والمنافسة وبعض الإشارات في قانون الالتزامات والعقود² والقانون المتعلق بزجر الغش في البضائع³، لكن خاصة في قانون تدابير حماية المستهلك 31.08 خاصة. وهو ما سنتناوله بالتفصيل من خلال بيان ماهيته (المطلب الأول) وأطرافه (المطلب الثاني) ومحله (المطلب الثالث) فشروطه (المطلب الرابع) ثم جزاء الإخلال به (المطلب الخامس).

المطلب الأول: ماهية الالتزام بالإعلام

مصطلح الإعلام بشكل عام مشتق من فعل علم علما، أي حصلت له حقيقة العلم. ويعني العلم بالشيء إدراكه ومعرفته، وأعلم الأمر أي أطلع غيره عليه، وأخبر به، وباح له به، وبذلك يمكن القول بأن الإعلام هو الإخبار والإفشاء وإطلاع الآخرين على ما لديك من معلومات. أما اصطلاحا فقد عرفه الأستاذ المهدي نزيه⁴ بأنه التزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد

1 - فاطمة أزواغ، شفافية إيجاب وقبول المستهلك بين القواعد العامة والقوانين الخاصة، مؤلف جماعي: حماية المستهلك بين النصوص القانونية والعمل القضائي، منشورات المركز الوطني للبحث القانوني، العدد 2، الطبعة 1، 2022، ص 232-350.

2 - خاصة الفصل 231 ق. ل. ع.

3 - الفصول من 10 إلى 16 من قانون 5 أكتوبر 1984.

4 - نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 1982، ص 15. أورده: رضوان بدلاوي، واجب إسداء النصيح في المهن القانونية، العدول والموثقين نموذجا، دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، 2018، ص 42.

المتعاقدين، بأن يقدم للآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم وكامل ومتنور، بحيث يكون على علم بكافة تفاصيل العقد، وعرفه الأستاذ بوعبيد عباسي¹ بأنه تنبيه وإعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقع ما أو عنصر من عناصر التعاقد، حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد.

ويرجع الفضل في ظهور مصطلح الالتزام بالإعلام إلى الفقيه الفرنسي جوكلار Juglar² في منتصف القرن العشرين، حيث توصل إلى أن هناك التزاماً أدبياً ملقى على عاتق المتعاقد البارز في العملية التعاقدية يفرض عليه ضرورة مد وتزويد الطرف الآخر بكل المعلومات اللازمة لمعرفة مضمون التعاقد، إلا أن الفقيه جاك جستان Jaques Ghestin توصل إلى أن كل الحالات والمظاهر التي استند إليها "جوكلار" ماهي في الواقع سوى حالات للالتزام بالإعلام المسبق المنصوص عليها في القانون أو المستخلصة من مضمون الاتفاقات المبرمة بين أطراف العقد، الأمر الذي جعل (جستان) يتشكك في مصداقية القول بأن التزاماً من هذا القبيل قد نشأ في المرحلة التي اهتم بها (جوكلار) في مقاله المشار إليه سابقاً. إذ أن المبدأ السائد آنذاك هو أن أحداً لم يكن ملزماً بإعلام الطرف الآخر ما لم يكن هناك نص قانوني أو اتفاق ثنائي³.

ويرى البعض الآخر⁴ أن الالتزام بالإعلام هو إحاطة المتعاقد الآخر بالمعلومات الهامة والمؤثرة في إقدامه أو إحجامه على التعاقد، ويجد هذا الالتزام تبريره في مبدأ سلامة العقود، فالالتزام بالإعلام هام وضروري لسلامة عقود البيع الاستهلاكية في ظل عدم المساواة بين المهني والمستهلك نظراً لعلم الأول وجهل الثاني، مما يدفع الأول إلى استغلال علمه بعناصر التعاقد للحصول على مزايا مبالغ فيها على حساب الثاني⁵.

¹ - بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، أطروحة دكتوراه، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2002-2003، ص 86.

² - Juglar (M), L'obligation de renseignement dans les contrats, R.T.D. Civ, 1945, p.1 et s.

³ - Ghestin (J), Le contrat, L.G.D.J, 1988, p. 507 n° 460.

⁴ - نزهة الخالدي، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2004-2005، ص 136.

⁵ - رضوان بدلاوي، م. س، ص 42.

يتضح إذن أن الأمر يتعلق بقيام المدين بالإدلاء بالمعلومات التي تهم الدائن عن الشيء محل التعاقد بما يعرفه به، وينير رضائه ويسهل تنفيذ العقد دون التدخل في شؤونه أو حثه على الإقدام على أمر معين أو الإحجام عنه، فالتزام البائع المهني مثلا، سيكون إعلاما عندما يقتصر على تنبيه المشتري إلى تعهداته وكافة البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، سواء تعلقت هذه البيانات بالشروط التي يتم التعاقد عليها أو بأوصاف الشيء محل التعاقد، وذلك حتى يكون على بينة من أمره وعلى علم بكافة تفاصيل العقد، ويعزى سبب هذه الوضعية إلى عدة ظروف واعتبارات قد ترجع إلى طبيعة العقد المراد إبرامه، أو علاقات الثقة المتبادلة بين الطرفين¹.

فالالتزام بالإعلام يعني فرض التزام بالصدق والأمانة نحو المتعاقد الآخر، ويسميه بعض الفقه² التزاما إيجابيا بالتعاون مع المتعاقد الآخر وذلك بإحاطته علما بكافة تفاصيل العقد المراد إبرامه، وقد حل هذا الالتزام محل الحياد السلبي الذي كان متمثلا في عدم ارتكاب الغش أو الخداع أو التضليل. وبهذا المعنى، فالالتزام بالإعلام يعني إدخال القواعد الأخلاقية في نطاق الالتزامات القانونية، ومن ثم يعتبر Ripert أول من طالب بإدماج القاعدة الأخلاقية في الالتزامات القانونية، ومن ثم أول من نادى، واقعيًا، بضرورة فرض التزام بالإعلام على عاتق المتعاقد³.

فإذا كانت مسألة عدم مغالطة الغير، بعد الكذب عليه، تبدو مسألة بديهية من الناحية الأخلاقية، فإن فرض التزام إيجابي بمساعدة الغير يبدو أمرا جديدا. ومع ذلك يبدو أن القانون يأخذ اليوم بالفكرتين معا: فقد مر القانون من مرحلة فرص الالتزام بالصدق بين الأطراف إلى مرحلة مساعدة الطرف الأكثر ضعفا، وذلك من خلال فرض واجب إيجابي على المتعاقد بإعلام الطرف الذي لا يمكنه الاستعلام شخصيا، فالمدين بالالتزام بالإعلام لا يلزم فقط بالألا يقول أمورا كاذبة بل يجب عليه كذلك ألا يسكت، يجب أن يقول بصدق كل شيء يهم الدائن بالالتزام

¹ - SAVATIER (René), Les contrat de conseil professionnel en droit privé, Dalloz, 1972, Chron n° 10, p 140.

² - LOUSSOUARN (Yvon), note. RTD. Civ, 1971, p.839.

³ - RIPERT (Georges), La règle morale dans les obligations civiles en droit français, 4^{ème} édition, 1949, n° 4. p. 40.

بالإعلام¹. وذهبت Fabre-Magnan إلى أن هناك درجات متفاوتة للمعلومات تتحدد وفقا لمضمونها، وتدرج جميعا تحت ما يمكن تسميته بالتبصير أو الإعلام، بحيث تصلح كل درجة منها أن تكون محلا للالتزام مستقل، أذاها الإعلام البسيط ثم الالتزام بالتحذير فتقديم النصح أو المشورة².

جلي إذن، أن التفاوت في درجة الخبرة والمعلومات التقنية كانت حافزا للفقهاء للتفكير في إرساء التزام مستقل له طبيعته المتميزة وبارتباط وطيد بالمرحلة السابقة على التعاقد. وهذا ما عبر عنه جانب من الفقه بالالتزام قبل التعاقد. والمقصود به الالتزام العام السابق على التعاقد يتحدد محله في قيام المدين بإخطار الطرف الآخر بجميع المعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه سواء من حيث أوصاف الشيء محل التعاقد أو مداه أو شروطه حتى يكون رضاه مستنيرا وكاملا حول عمومية الالتزام وجزئياته. ويستشف من هذا المنحى أن الالتزام بالإعلام لا يتطلب بالضرورة وجود نص خاص، وإنما هو التزام مستقى من العدالة والإنصاف³ يؤسس على فرضية جهل المتعاقد بمدى سعة تعهداته، وفي ذلك إشارة إلى أن هذا الالتزام لا يقوم عند تحقق خطورة الأشياء محل التعاقد، وإنما كذلك كلما اتسمت هذه الأشياء بالحدثة التي تستلزم إخطار المستهلك بكيفية التعايش معها بدون ضرر⁴.

والملاحظ أن التعريفات السابقة للالتزام بالإعلام تتناولها من ناحية وظيفته في العلاقة العقدية، إذ تركز على بيان دوره في تكوين رضاء سليم ومستنير للمتعاقد الآخر، فيما عدا لتعريفات التي ركزت على ما يفرضه المشرع والتي فيها تقييد للفقهاء لوضع التعريفات المتعددة الزوايا ومن ضمنها انتقاد التعريف التشريعي إذا كان يشوبه قصور. وهنا نتساءل حول الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام؟

¹ - بوعبيد عباسي، م. س، ص 38.

² - Fabre-Magnan (Muriel), De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, L.G.D.J, bib. Droit privé, 2014, p 221.

³ - الفصل 231 ق. ل. ع.

⁴ - العربي محمد مياد، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي، دراسة مقارنة محينة، طبعة 2018، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 246.

فقد انقسم الفقه بصدد تحديد الطبيعة القانونية لهذا الالتزام إلى اتجاهين، أحدهما يرى أنه التزام ببذل عناية، والآخر يعتبره التزاما بنتيجة.

الفقرة الأولى: الالتزام بالإعلام التزام بوسيلة (ببذل عناية)

يرى غالبية الفقه¹ أن الالتزام بالإعلام الواقع على عاتق المهني بإعلام المستهلك بطريقة استعمال المنتج والمخاطر المحتمل حدوثها نتيجة هذا الاستعمال إنما هو التزام بوسيلة أو ببذل عناية. ومقتضى هذا التحديد أن يقف التزام البائع عند حدود تزويد المشتري بالمعلومات والبيانات التي تكفي، وفقا للمعتاد، لإعلام المستهلك بطريقة استخدام المنتج ومخاطره، فضلا عما ينبغي مراعاته من احتياطات لتلافي تلك المخاطر، وذلك دون أن يضمن النتيجة، بحيث يكون موفيا بالتزامه متى بذل في تنفيذه العناية التي يبذلها الشخص العادي.

وبترتب على تكييف الالتزام بالإعلام بأنه التزام بوسيلة، أن يثقل المشتري بعبء إثبات خطأ البائع حتى تتقرر مسؤوليته، سواء تمثل هذا الخطأ في عدم احتواء المبيع على أية وثائق خاصة ببيان طريقة استعمال المنتج أو التحذير من مخاطره، أو في عدم كفاية ما تم إرفاقه بالمنتج من بيانات ومعلومات، أو عدم صحتها. وقد استند أصحاب هذا الاتجاه، من ناحية، إلى أن المدين بالالتزام بالإعلام ليس بوسعه إجبار الدائن على اتباع ما يقدمه إليه من نصائح وتوجيهات². ومن ثم لا يمكن أن ينتظر من هذا المدين أن يضمن النتيجة النهائية للعملية العقدية³. فمضمون الالتزام بالإعلام لا يتحدد، تبعا لهذا الاتجاه، وفق النتيجة التي ينتظر تحقيقها، وذلك بالنظر إلى ضرورة ما يبديه المشتري من تعاون لبلوغ تلك النتيجة، على أساس أن الاستعمال الصحيح للمنتج يعتمد بقدر كبير على التصرف الذي يصدر عن المستهلك.

ومن ناحية أخرى، يؤيد معيار مساهمة الدائن في تحقيق النتيجة، وكذا معيار الاحتمال اعتبار الالتزام بالإعلام التزاما ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة. فبالنسبة للمعيار الأول، يلعب

¹ - COLLART (F) et DELEBECQUE (PH), Contrats civils et commerciaux, collection droit privé, Dalloz, 1991, p.163 ; LE TOURNEAU (ph), La responsabilité civile, 2^{ème} éd, Dalloz, 1976, n° 1368, p. 472.

² . COLLART (F) et DELEBECQUE (PH), Contrats civils et commerciaux, collection droit privé, Dalloz, 1991, p 223.

³ - MESTRE (J), les limites de l'obligation de renseignement, art. R.T.D. Civ, 1986, p 341.

الدائن (المستهلك) دورا إيجابيا في تحقيق النتيجة المنشودة أو منعها، إذ أنه قد يستجيب للتوصيات والتوجيهات التي يقدمها إليه المدين (المهني)، وقد لا يعيرها اهتماما على الإطلاق، كما أنه قد ينفذ بعضها ويتجاهل البعض الآخر مما يؤدي إلى تحقق الضرر. ووفقا لمعيار الاحتمال، فإن النتيجة المبتغاة، والمتمثلة في تجنب المشتري المخاطر المصاحبة لحيازة المنتج أو استعماله، لا يمكن، بالنظر لطابع الاحتمال الذي يغلب عليها، أن يضمنها المنتج.

وقد تبنت بعض الأحكام هذا الاتجاه، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه "إذا كان من الثابت أن الالتزام بالإعلام هو التزام بوسيلة، وإذ ثبت عدم الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بشروط استعمال المنتج والاحتياطات الواجب مراعاتها من قبل المستعمل بما يمكن من استخدامه الاستخدام الأمثل الذي يتطابق مع الغرض الذي خصص من أجله، فإن محكمة الاستئناف لا تكون قد أخطأت بفرضها على عاتق صانع المنتج هذا الالتزام بالإعلام الذي يهدف إلى ضمان النتيجة المطلوبة¹.

الفقرة الثانية: الالتزام بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة

ذهب بعض الفقه² إلى أن الالتزام بالإعلام الواقع على عاتق المهني تجاه المستهلك هو من قبيل الالتزام بتحقيق نتيجة، ويقوم هذا الاتجاه على ثلاثة أسانيد:

أولا: تخفيف عبء الإثبات عن المستهلك استجابة لمتطلبات الشفافية

ذلك أن مفاد هذا التكييف أن يتخفف المشتري من عبء إثبات خطأ البائع، ويكون على الأخير، إذا ما أراد نفي مسؤوليته، أن يقيم الدليل على تنفيذه للالتزام بالإعلام الواقع على عاتقه أو يثبت السبب الأجنبي.

وقد دفعت هذه الرغبة البعض³ إلى القول بأن ثمة ظواهر معينة تساهم في دفع الالتزام بالإعلام نحو جعله التزاما بنتيجة، وذلك حينما تكون النتيجة ظاهرة بذاتها بحيث لا تحتاج إلى

¹ Cass. 1^{ère} ch. Civ, 23 Avril.1985.

² - ثروت فتحي إسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهني، الصانع والموزع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1987، ص 374.

³ - COLLART (F) et DELEBECQUE (PH), Contrats civils et commerciaux, collection droit privé, Dalloz, 1991, p. 163.

إثبات الضحية لها، إذ يكون من الواضح حينئذ أن هذه النتيجة لم تكن لتحدث إلا لأن هناك خطأ ما، فوجود الضرر كاف بذاته لافتراض الخطأ الذي يحاول البائع نفيه عن نفسه.

ثانياً: المنطق القانوني يقتضي تكيف الالتزام بالإعلام التزاماً بنتيجة

فالربط الواضح بين الالتزام بالسلامة والالتزام بالإعلام يقتضي أن يخلع على الالتزامين وصف قانوني واحد، وبالتالي إدراجهما ضمن طائفة الالتزامات بتحقيق نتيجة، وذلك بالنظر إلى أن الاعتبارات التي أدت إلى اعتبار الالتزام بضمان السلامة التزاماً بنتيجة في حالات وجد فيه أنه ضروري لحماية الضحية، إنما تتوفر أيضاً بالنسبة للالتزام بالإعلام، فضرورات حماية المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة العقدية تبرر إعمالاً للقياس، اعتباره التزاماً بنتيجة¹.

ومن ناحية أخرى، واتساقاً مع ذات المنطق، يرى البعض أن تكيف الالتزام بالإعلام بأنه التزام ببذل عناية من شأنه، فضلاً عما يؤدي إليه من إفراغ هذا الالتزام من مضمونه وفحواه، أن يفضي إلى نوع من المغايرة في الأحكام التي تطبق في حالة الأضرار الناجمة عن المنتجات الصناعية وتلك التي تطبق في حالة مسؤولية حارس الأشياء غير الحية، إذ في الحالة الأخيرة تقوم المسؤولية بمجرد ثبوت وقوع الضرر نتيجة التدخل الإيجابي للشئ ولا يستطيع المدين دفعها سوى بإثبات السبب الأجنبي، في حين أنه في حالة الأضرار الناتجة عن المنتجات الصناعية، لن يتسنى إقامة مسؤولية البائع إلا إذا ثبت خطؤه، مما يجعل المضرور، في هذه الحالة، في وضع أسوأ مما لو رجع على البائع على أساس قواعد المسؤولية عن حراسة الأشياء، بل وأسوأ من وضع الغير الذي قد يلحقه ضرر ناتج عن المنتج المبيع، بما يتنافى مع الغرض الذي من أجله فرض التزام بالإعلام على عاتق البائع².

1 - أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 192.

2 - منى أبو بكر الصديق، م. س، ص 93 وما يليها.

ثالثاً: مساهمة الالتزام بالإعلام في تقدير العيب في دعوى المسؤولية الموضوعية

صدر التوجيه الأوروبي رقم 374-85 في 25 يونيو 1985 بشأن التقريب بين الأحكام التشريعية والتنظيمية في الدول الأعضاء في مجال المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة. وفي ضوء هذا التوجيه، أصدر المشرع الفرنسي القانون 98/379 في 19 ماي 1998 بتنظيم المسؤولية الموضوعية للمنتج عن عيوب المنتجات، وتنص المادة 1/1386 من القانون المدني الفرنسي على أنه "تقوم مسؤولية المنتج عن الأضرار الناجمة عن عيوب منتجاته". معنى ذلك، أن المنتج يسأل، وفقاً لنظام المسؤولية الجديدة، عن الضرر الناجم عن منتجته بشرط أن يكون هذا الضرر ناتجاً عن عيب فيه. كما تنص المادة 4/1386 من نفس القانون على أنه "يعد المنتج معيباً، عندما لا يوفر السلامة التي يحق لأي شخص وفي حدود المشروعية أن يتوقعها، على أن يؤخذ في عين الاعتبار عند تقدير السلامة كافة الظروف وعلى وجه الخصوص طريقة طرح المنتج، والاستعمال الذي يمكن انتظاره بمعقولية، ولحظة طرح المنتج في التداول..."

ويذهب البعض¹ إلى أن المشرع الفرنسي يرى، بهذا النص، في كيفية طرح المنتج في التداول وما يرتبط به من الوفاء بالالتزام بالإعلام، أحد العناصر التي يتم على أساسها تقدير السلامة التي يتوقعها الجمهور توقعاً مشروعاً في المنتج. والذي يتحدد وفقاً له العيب الذي تقوم عليه المسؤولية الموضوعية، الأمر الذي يعتبر عاملاً دافعاً بالالتزام بالإعلام إلى جعله التزاماً بنتيجة، ويستبعد كلياً اعتباره التزاماً ببذل عناية يحتاج إلى أن يقيم المضرور الدليل على خطأ المنتج.

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 190.

المطلب الثاني: أطراف الالتزام بالإعلام

الأصل أن الالتزام بالإعلام يقع على عاتق كل بائع محترف يستوي في ذلك المنتج أو الموزع، وإن كان القضاء يبدو أكثر تشددا في مواجهة المنتج. والأصل أن يقوم هذا الالتزام لمصلحة كل مشتر يستوي في ذلك المهني والمستهلك، وإن كان يلاحظ أن مهنة المشتري يمكن أن تكون سببا في تخفيف حدة الالتزام، كما أن خطورة الشيء يمكن أن تؤدي على العكس إلى توسيع محله ولو كان المشتري مهنيا. وسنفصل في ذلك من خلال مناقشة الدائن (أولا) والمدين بالالتزام بالإعلام (ثانيا).

الفقرة الأولى: الدائن بالالتزام بالإعلام

قد يتعاقد الشخص على منتج معين لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية (أولا)، كما قد يخضع المنتج لاستعمال شخص أو أشخاص آخرين غير من تعاقد عليه (ثانيا).

أولا: المستهلك المتعاقد

يعد دائما بالالتزام بالإعلام كل مشتر لا دراية له بالمبيع، ويعد هذا الالتزام من حيث المبدأ واحدا بالنسبة لكل المشتريين، يستوي في ذلك المستهلك والمشتري المتخصص متى كانت حرفة هذا الأخير لا تمكنه من الإلمام بكل خصائص ودقائق الشيء المبيع.

أ - المستهلك العادي

هو من يتعاقد على السلعة أو الخدمة إشباعا لحاجاته الشخصية أو العائلية¹، كمن يتعاقد لشراء جهاز حاسوب لاستعماله الشخصي أو غسالة كهربائية لاستعماله العائلي. فنطاق الالتزام بالإعلام يتسع لأقصى حد ممكن لصالح هذا المستهلك، حيث لا يمكن افتراض علمه بأي بيانات عن المبيع ويعد جهله هنا جهلا مشروعا، ومن ثم فإنه يتعين على البائع أن يحيطه بكافة البيانات التي تلزمه سواء فيما يتعلق باستعمال المبيع أو بالوقاية من أخطاره².

1 - الفقرة الأولى من المادة 2 من قانون 31.08.

2 - عامر قاسم أحمد القيسي، م. س، ص121.

فضلا عن أن الثقة التي يضعها هذا المستهلك في المهني، استنادا إلى درايته وتخصصه في مجال معاملة ليس له فيه دراي أو خبرة، تجعله ينتظر منه أن يحيطه إحاطة تامة بكافة المعلومات المتعلقة بمحل العقد.

ب - المستهلك المهني

يمتد الالتزام بالإعلام إلى العقود التي تربط بين المهنيين، ذلك أن العلم بكيفية استعمال المنتج ومكان خطورته وطرق الوقاية منها هو حق للمستهلك دونما اعتداد بصفته وما إذا كان مستهلكا عاديا أم مهنيا.

ويؤيد ذلك ما تنص عليه المادة 1-422 L من قانون الاستهلاك الفرنسي من ضرورة أن تنطوي المنتجات والخدمات على الأمن والسلامة المنتظرة قانونا منها، ولا تؤدي إلى الإضرار بصحة الأشخاص، سواء في حالات الاستعمال المألوف أو الحالات الأخرى التي تدخل عادة في توقع المهني. فالمادة المذكورة تلقي على عاتق البائع المهني التزاما بالسلامة مفاده ألا يشكل خطرا على المستهلكين، وذلك دون تفرقة بين المستهلكين العاديين والمستهلكين من أصحاب المهن. غير أن المشتري المهني إما أن يمارس تخصصا مماثلا لتخصص البائع، وإما أن يأتي تعاقدته بعيدا عن مجال تخصصه المهني.

ففي حالة تباين التخصص المهني لكل من البائع والمشتري، فعدم تخصص هذا الأخير يضعه في مركز ضعيف، مما يجعله مستحقا لحماية القانون كأبي مستهلك عادي، دون الاعتداد بما إذا كان الغرض من التصرف إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، أو حاجات مهنته أو حرفته¹. لأنه حتى وإن كان لديه بعض المعلومات إلا أنها ناقصة وتفتقر إلى الدقة والتحديد، ولا جدال في أن إكمال هذه المعلومات وإيضاح الغامض منها يقع على عاتق البائع الذي يلتزم تبعا لذلك بالإعلام لهذا المشتري بكافة المعلومات المتوفرة لديه. وقد اعتبر القضاء الفرنسي، من قبيل المستهلكين، أحد المشتغلين في مجال العقارات لدى تعاقدته على شراء جهاز إنذار،

¹ - منى أبو بكر الصديق، م. س، ص 118.

تأسيساً على أنه كان، بالنسبة لمضمون العقد، في نفس حالة الجهل التي يوجد فيها أي مستهلك آخر¹.

أما إذا كان المشتري مهنياً من نفس تخصص البائع، فإن هذا التخصص يحد من نطاق التزام البائع بالإعلام، ويكون من ثم سبباً لتخفيف² مسؤوليته، وذلك لسببين:

1 - إن تخصص المشتري يمكن أن يعوض نقصاً في المعلومات التي يفضي بها البائع، فإذا كانت المعلومات المقدمة للمشتري المتخصص قليلة فلا تقوم مع ذلك مسؤولية البائع طالما أن القدر الذي تم تقديمه منها يكفي لتبصير مشتر من نفس التخصص، إذ أن المخاطر التي قد يتعرض لها المشتري في هذه الحالة لا تكون راجعة إلى نقص المعلومات وإنما إلى خطئه هو في الانتفاع بها أو التعامل معها.

2 - أن تخصص المشتري يجب أن يثير لديه حب الاستطلاع بحيث يدفعه إلى الاستفسار عما يجهله من البيانات سواء تعلقت بكيفية استعمال المبيع أو الوقاية من مخاطره. فإن لم يفعل تعين أن يفترض أنه يكتفي بما لديه من المعلومات ولا يمكن أن يعزى إلى البائع أي تقصير في الاكتفاء بما قدمه منها³.

وقد اعتد القضاء الفرنسي بتخصص المستهلك في مجال المعاملة، ورتب على ذلك تخفيف مسؤولية البائع أو إعفائه منها كلياً. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتوزيع عبء المسؤولية بين منتج مادة لاصقة للأرضيات ومشتري هذه المادة، استناداً إلى أن الأخير، رغم ما يتوفر لديه من خبرة في هذا المجال، لم يأخذ الحذر اللازم عند استعماله لها بما يعد بمثابة خطأ من جانبه⁴.

وفي واقعة أخرى، حيث صاحب أحد محلات الزهور إلى مقاول مهمة تجديده، وعهد هذا الأخير بدوره إلى مقاول من الباطن القيام بدهان جدرانها، وكان صاحب المحل قد لاحظ أن صحته بدأت تسوء يوماً بعد يوم منذ بدء عمليات التجديد، كما أن النباتات والزهور أخذت

¹- Cass. Civ, 28 Avril. 1987.

²- Cass. Civ, 11 Oct. 1983.

³ - عامر قاسم أحمد القيسي، م. س، ص 122.

⁴ - منى أبو بكر الصديق، م. س، ص 117.

تذبل شيئاً فشيئاً، وثبت أن ذلك يعزى إلى الأبخرة السامة التي تتصاعد من المادة المستخدمة في الدهان. وعلى إثر ذلك، طالب صاحب المحل المَقول بالتعويض، وكان هذا الأخير قد قام بإدخال صانع مادة الدهان في الدعوى ليصدر الحكم في مواجهته، على أساس أنه قد أخل بالتزامه بلفت انتباهه إلى الطبيعة السامة لمادة الدهان. لكن محكمة النقض رفضت رجوع المَقول بالضمان على الصانع، استناداً إلى أن المَقول لم يراع بدقة توجيهات الصانع، كما أنه لا يخفى عليه، بالنظر إلى صفته المهنية، أن بعض أنواع الدهان لا يستعمل إلا على الأجزاء الخارجية، بالإضافة إلى أنه كان بوسعه أن يستشير الصانع حول كيفية استعمال مادة الدهان، ولكنه لم يفعل.¹

ثانياً: المستهلك غير المتعاقد

إن قصر الحماية من أضرار المنتجات على من اكتسبها بطريق التعاقد هو أمر غير مقبول، ذلك أن الأضرار الناشئة عن تعيب المنتجات أو خطورتها تنجم عن حيازة المنتج أو استعماله من قبل المستهلك النهائي الذي لا يكون، في الغالب، متاعداً لا مع المنتج ولا مع أحد الباعة الوسطاء.

وإذا كان الأغيار، كالمتعاقدين، يتعرضون وبنفس الدرجة لمخاطر المنتجات، فإنه مما يتنافى مع العدالة حرمانهم من الحماية المقررة للمتعاقدين في مواجهة هذه المخاطر أو أن تختلف آليات الحماية بين الحالة التي يرتبط فيها المضرور بعقد مع المنتج وحالة كونه من الأغيار. فسلامة الإنسان حق ينبغي عدم المساس به، وصونها من الهدر ليس أثراً للروابط العقدية.

وقد ورد في المادة 1/1386 من القانون المدني الفرنسي بأنه "يسأل المنتج عن الضرر الذي يسببه تعيب منتجه سواء كان مرتبطاً بعقد مع الضحية أم لا". فهذه المادة تنشئ نظاماً للمسؤولية يكفل توفير الحماية للضحايا الذين تلحقهم أضراراً جسيمة جراء منتجات تم طرحها في الأسواق دونما تفرقة بين المتعاقدين وغيرهم. كما أُلقت المادة 1/221 من تقنين الاستهلاك

¹ - Cass. Com. 5 fév. 1985, Bull. com, 1985, 4, n° 48, p.41.

الفرنسي¹ التزاما على عاتق المهنيين بضمان الأمان والسلامة في المنتجات والخدمات حتى لا تؤدي إلى الإضرار بالأشخاص بصفة عامة، دون تفرقة بين المتعاقدين وغيرهم.

وقد أكد القضاء الفرنسي على أن الالتزام بالسلامة في عقد البيع لا يقتصر على علاقة البائع بالمشتري، بل يستفيد منه كل مكتسب للمنتج. وقضى، تطبيق لذلك، بأن المهني يلتزم بتسليم منتج خال من أية عيوب في التصنيع يكون من شأنها إلحاق ضرر بالأشخاص أو بالأموال، ويعتبر مسؤولا عن ذلك، سواء بالنسبة للمشتري أو لأطراف أخرى².

الفقرة الثانية: المدين بالالتزام بالإعلام

يقع الالتزام بالإعلام بصورة رئيسية على عاتق المنتج، ويرجع ذلك إلى حجم المعلومات المتوفرة لديه عن السلع التي يقوم بإنتاجها، فهو بالتأكد يعرف كل صغيرة وكبيرة عن مكوناتها وخصائصها وكيفية استعمالها والأخطار التي تحيط بهذا الاستعمال، فضلا عن ذلك ان المنتج يملك الوسائل التي تمكنه من إعلام المستهلك بهذه الأمور، سواء بالكتابة على السلعة نفسها أو على غلافها أو بإرفاق نشرات معها، وأخيرا فإن المستهلك ينتظر عادة من المنتج أن يكشف له بوضوح عن كيفية استعمال السلعة والاستفادة منها والوقاية من مخاطرها. ولذلك فإن القضاء يجعل المنتج ضامنا للبائعين الذين يتولون توزيع منتجاته فيما يتعرضون له من مسؤولية تجاه مستهلكي هذه المنتجات بسبب عدم كفاية ما قدم لهؤلاء من معلومات عن تلك المنتجات. كما أن المحاكم تجيز للمستهلك أن يرجع بدعوى مباشرة ضد المنتج إذا لم يتم بتحذير المستهلكين من الأخطار التي تحيط باستعمال المنتجات، أو لم يقدم لهم بيانا مفصلا عن طريقة استعمالها. أما البائع غير المنتج أو الموزع فهناك اتجاهان بشأنه:

يذهب أولهما إلى أن الأصل فيه إن لم يتم إنتاج السلعة وإنما هو يشتريها من أجل أن يقوم بإعادة بيعها، إضافة إلى أنه يتسلمها مغلفة ويقوم بتسليمها لغيره بحالتها بما يحمله من

¹ - تقابلها المادة 65 من قانون 31.08، والتي تحيل بدورها على المواد من 549 إلى 575 من ق. ل. ع، المتعلقة بضمان عيوب الشيء المبيع. باستثناء المادتين 573 و553.

² - منى أبو بكر الصديق، م. س، ص 119.

بيانات وتعليمات أو نشرات أو كتيبات، فإذا كان ثمة تقصير في إعلام المستهلك أو تحذيره، فإن ذلك يجب أن يعزى إلى المنتج الذي يتحمل مسؤولية ما قد ينشأ عنه من أضرار.

في حين يذهب ثانيهما إلى تحميل البائع غير المنتج بالالتزام بالإعلام، إلا أنه يختلف مداه بحسب ما إذا كان بائعا متخصصا أو غير متخصص. فالبائع المتخصص وهو يخصص نشاطه لبيع سلعة معينة دون غيرها أو سلع تخدم غرضا واحدا مثل قطع غيار السيارات مثلا، فهذا البائع بحكم تخصصه تتوافر لديه عادة معلومات كثيرة فيما يتعلق بالسلع التي يبيعها من حيث استعمالاتها وخصائصها ومخاطرها، ومن ثم يجب أن ينقل ما لديه من معلومات إلى المشتري وأن يتدخل لعلاج أي تقصير من جانب المنتج في تنفيذ الالتزام بالإعلام، فيكمل المعلومات التي أفضى بها هذا الأخير إذا كانت ناقصة ويوضحها إذا كانت غامضة ويصححها إذا كانت خاطئة، لا سيما إذا كانت لا تلائم ظروف البلد الذي تستخدم فيه السلعة.

ومع ذلك فإن التزام البائع ولو كان متخصصا لا يمكن أن يصل في مداه إلى التزام المنتج، فهذا الأخير يلتزم بالإعلام بكل دقة بما يعلمه فعلا وما يجب أن يعلمه من بيانات، وإلا انعقدت مسؤوليته. أما البائع فهو لا يلتزم بإخطار المشتري إلا بالمعلومات التي كان يعرفها أو التي كان بإمكانه أن يعرفها. خلاصة القول، أن الالتزام بالإعلام يرد على الأشياء الخطيرة والجديدة وذات التشغيل المعقد، ويستفيد منه كل من المستهلك والمشتري المهني بدرجات متفاوتة، ويثقل كاهل كل من المنتج والبائع المحترف بدرجات متفاوتة أيضا¹.

المطلب الثالث: محل الالتزام بالإعلام

تبين من خلال تحديد المقصود بالالتزام بالإعلام أنه يهدف إلى تنوير إرادة المستهلك بالإدلاء إليه بالبيانات والمعلومات اللازمة التي يجهلها، ومما لا شك في أن هذا الالتزام المبني على مبدأ حسن النية يتضمن شقين: أولهما سلبي (الفقرة الأولى) والثاني إيجابي (الفقرة الثانية).

1 - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع نفسه، ص 123.

الفقرة الأولى: الامتناع عن الكتمان

لقد استقر الفقه والقضاء في كل من فرنسا والمغرب ومصر على أن الكتمان يعتبر أحد وسائل التدليس، والتدليس بشكليه السلبي (الكتمان) والإيجابي (اللجوء إلى الطرق الاحتيالية) يؤدي إلى تعيب رضا المتعاقد ويبيح للمدلس عليه المطالبة بإبطال العقد.

ويتجه الفقه إلى اعتبار الالتزام بالإعلام هو الأساس في اعتبار الكتمان تدليسا¹، ذلك أن كتم المعلومات التي يجهلها الدائن في الالتزام بالإعلام، والتي لو علم بها لما أقدم على التعاقد أو تعاقد بشروط مختلفة، يعتبر أحد الطرق الاحتيالية التي تكون الركن المادي في التدليس الذي يصيب الرضا². وبالرغم من صحة هذا التطابق بين الإخلال بالالتزام بالإعلام عن طريق الكتمان وبين التدليس المؤدي للبطلان النسبي للعقد، فقد أكد الفقه³ على صالة الالتزام بالإعلام في هذه الحالة واستقلاليتها عن غيره من نظريات عيوب الإرادة. ذلك أن الكتمان لكي نعتبره تدليسا يحتاج إلى إثبات العنصر المعنوي أي نية التضليل. لكن أصالة الالتزام بالإعلام تعني ببساطة الاستغناء عن العنصر المعنوي في نظرية التدليس، وباعتبار أن المتعاقد مع المدين بالالتزام بالإعلام قد أخل بالتزامه بمجرد كتم البيانات والمعلومات مما يمكن المستهلك من المطالبة بإبطال العقد أو المطالبة بالتعويض بدون أي حاجة إلى إثبات نية التضليل. ويقول Jaques GHESTIN في ذلك أن "التدليس يفترض خطأ عمديا (نية التضليل) بينما في الالتزام بالإعلام يمكن توقيع الجراء على المخالفة عن طريق التعويض بإثبات الإهمال البسيط في جانب المدين".

الفقرة الثانية: الإدلاء بالبيانات والمعلومات

لكون الإلتزام العام بالإعلام الموجه لجمهور المستهلكين يشكل الحد الأدنى من الشفافية المطلوبة في عقود الاستهلاك حسب المادة 3 من قانون 31.08، فقد سبق وأن تناولناه بالتحليل

¹ - Philippe Le TOURNEAU, La responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz, Paris, 1997, p. 14.

² - الفصل 52 ق. ل. ع.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007، بيروت، لبنان، ص 375.

كآلية لتخليق العقد الاستهلاكي. بقي إذن أن نناقش الشفافية تجاه المستهلك المتعاقد كإعلام خاص متمثل في مجموعة من البيانات اللازمة ليتعاقد المستهلك وهو على بينة من أمره.

يقتضي الالتزام بإعلام المستهلك قيام المحترف أو المهني بالإفضاء إلى المستهلك بالمعلومات والبيانات المتعلقة بوضع السلعة أو الخدمة محل العقد والبيانات المتعلقة باستخدام الشيء أو بالانتفاع بالخدمة. وهو ما سنفصله من خلال النقاط التالية:

أولاً: المعلومات الخاصة بتقديم السلع وصلاحياتها

سبق وذكرنا أن المادة 3 من القانون 31.08 أسست للالتزام عام بالإعلام يخص مواصفات السلعة أو الخدمة محل التعاقد بين المورد والمستهلك، أي بيان الحالة القانونية والمادية للشيء.

فبالنسبة للحالة القانونية لمحل التعاقد، الأصل بعد إبرام عقد البيع، أن يستقر المبيع في ملك المشتري الذي يكون من حقه حينئذ حيازة هذا المبيع حيازة هادئة، كما يكون له حق الانتفاع به أو التصرف فيه بحسب إرادته، ويضمن البائع ذلك في ضوء تنظيم القانون لضمان التعرض والاستحقاق¹ عند المنازعة. إلا أن هذه أمور تثار بعد التعاقد، بحيث لو علم بها المشتري قبل إبرام العقد لما أقدم على الشراء، حيث تتوافر حينئذ الصفة الجوهرية لمثل هذا النوع من المعلومات، وبالتالي يتحقق مناط تقرير الالتزام بالإعلام حول ما يطلق عليه الوضع القانوني للشيء.

والمقصود هنا هو إعلام المستهلك بكل ما على محل التعاقد من أعباء أو تكاليف، أي مدى تحمله بأية حقوق عينية أو شخصية تحول دون انتفاعه بالشيء على النحو المأمول، وقد ذهب بعض الفقه² إلى أن المقصود في هذه الحالة هو: العلم الفعلي الكافي لبيان حدود المبيع ومعرفة الحقوق التي نقلها البائع، والقيود التي ترد عليها، أي مضمون التصرف القانوني. وهذا

¹ - الفصول من 533 إلى 548 ق. ل. ع.

² - جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، 1982، ص 188.

ما يطابق مفهوم الشفافية كموضوع لدراستنا. ويترتب على ذلك أن عدم قيام المدين بالإدلاء بهذه المعلومات قيام مسؤوليته لإخلاله بتنفيذ التزامه¹.

وفي هذا السياق حكمت محكمة Grenoble ومحكمة Seine بمسؤولية المؤجر لعدم قيامه بإعلام المستأجر عن وجود عقد إيجار سابق². كما توسع القضاء الفرنسي في تحديد نطاق الالتزام بالإعلام بتقريره بأنه يدخل في مضمون هذا الالتزام، وجوب إعلام البائع للمشتري بالصعوبات التي ستواجهه في انتفاعه بالشيء المبيع، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية بائع المحل التجاري لعدم إعلامه للمشتري بالصعوبات التي يمكن أن تواجهه عند التجديد لمحل الإيجار³.

أما فيما يخص الحالة المادية للشيء، فالمستهلك في أكثر الأحوال يقدم على التعاقد استجابة لما تطابق مع رغبته من أوصاف مادية خاصة بالشيء محل العقد. لذلك ونظرا لأهمية البالغة لهذه الأوصاف، فعلى المدين الإدلاء بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالخصائص والأوصاف المادية للشيء محل التعاقد لإعطائه صورة حقيقية عن مزايا العقد وخصائصه الذاتية ومدى جدواه وملاءمته في إشباع حاجته التي يرمي إليها، لما لذلك من أهمية بالغة في التأثير على قراره بالإقبال على التعاقد⁴.

وفي هذا الصدد نصت المادة L111-1 من قانون حماية المستهلك الفرنسي أنه، يجب على المهني أن يحيط المستهلك علما كافيا بالخصائص الأساسية للمنتجات محل التعاقد⁵، وهذه

1 - في هذا السياق، أصدرت المحكمة التجارية بأكاير حكما استعجاليا رقم 365 بتاريخ 18-04-2022 يلزم بنك "القرض العقاري والسياحي" بتمكين ورثة الزبون من جميع الوثائق المتعلقة بعقد القرض الذي أبرمه موروثهم قيد حياته بعدما رفض البنك تسليم الوثائق المذكورة لدفاعهم، وذلك تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 1000. درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ.

2 - عمر محمد عبد الباقي، م. س، ص 230.

3 - Cass. com, 8 juillet 1974, I.R, p. 221.

4 - مرسوم رقم 2.12.389 صادر في 2 رجب 1434 (22 أبريل 2013) بتحديد شروط وكيفيات عنونة المنتجات الغذائية. ج.ر عدد 6149 بتاريخ 6 ماي 2013، ص 3812.

5 - Art. L 111-1 : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :

1- Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ;

2- Le prix du bien ou du service,

هي القاعدة العامة لجميع العقود، وهي تقابل المادة 3 من قانون تدابير حماية المستهلك المغربي. وتنص المادة 5¹-221 L على وجوب إعلام المستهلك في التعاقد عن بعد Les contrats conclus à distance وإمداده بالمعلومات التي تمكنه من معرفة هوية المهني ووسائل الاتصال به، والمدد الخاصة بتسليم السلع أو الخدمات وكذلك وسائل الدفع النقدي أو ببطاقات الائتمان وما يتعلق بمدة تنفيذ العقد وتجديدها ومدى إمكانية استبدال السلعة أو الخدمة في حالة عدول المستهلك عن العقد. وهو نفس ما نصت عليه المادة 29 من القانون 31.08، التي أكدت على ضرورة تبليغ المعلومات المذكورة، التي يجب أن يتجلى طابعا التجاري دون التباس، إلى المستهلك بصورة واضحة ومفهومة عن طريق كل وسيلة ملائمة للتقنية المستخدمة للاتصال عن بعد².

كذلك الأمر بالنسبة للبيع خارج المحلات التجارية، فالمادة 48 تنص على ضرورة التحديد الدقيق لطبيعة المنتجات أو السلع ومميزاتها، كما هو الحال فيما يخص عقد القرض حيث تلزم المادة 78 المقرض أن يحدد مبلغ القرض وعند الاقتضاء أقساطه المستحقة دوريا وطبيعة وموضوع العقد وكيفية إبرامه بما في ذلك إن اقتضى الخال شروط التأمين عندما يطالب المقرض به، وكذا التكلفة الإجمالية المفصلة للقرض وسعره الفعلي الإجمالي عند الاقتضاء، ومجموع عمليات التحصيل الجزافي المطلوبة بالإضافة إلى الفوائد مع التمييز بين تلك المتعلقة بمصاريف الملف وتلك المتعلقة بالمصاريف المؤداة عن كل استحقاق. ونفس

3- En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ;

4- Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte ;

5- S'il y a lieu, les informations relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence de toute restriction d'installation de logiciel, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles ;

6- La possibilité de recourir à un médiateur de la consommation dans les conditions prévues au titre Ier du livre VI.

¹ - Art. L 221-5 (ancien Art. L 121-18).

² - ودون الإخلال بمقتضيات القانون رقم 53.03 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، يجب على المورد أن يذكر المستهلك قبل إبرام العقد بمختلف اختياراته، وأن يمكنه من تأكيد طلبه أو تعديله حسب إرادته.

الالتزام أقرته المادة 91 بخصوص القرض المخصص، حيث يجب الإشارة في العرض المسبق إلى المنتج أو السلعة أو الخدمة وإلى مواصفاتها الجوهرية.

وتطبيقاً للمادة 6 من القانون 31.08، أحالت المادة 26 من المرسوم التطبيقي¹ لهذا القانون مهمة تحديد البيانات الإلزامية التي يجب أن تتضمنها لصيقة السلع أو المنتجات المعروضة للبيع، وكذا شكلها وكيفيات تثبيتها على هذه السلع والخدمات على قرار مشترك² للسلطة الحكومية المكلفة بالصناعة والتجارة والسلطة الحكومية الوصية على قطاع النشاط المعني بهذه السلعة أو المنتج.

وقد جاء في المادة الأولى من هذا القرار المشترك، أنه علاوة على البيانات التي تمكن من التعرف على السلع أو المنتجات في قطاع الصناعة والتجارة، وبيان طبيعتها ومنشئها الأصلي، يجب أن تتضمن اللصيقة البيانات الإلزامية التالية:

- النوع.
- علامة الصنع عند الاقتضاء.
- اسم الشخص المسؤول عن عرض السلعة أو المنتج في السوق أو تسمية الشركة وعنوانه، مصنع أو مستورد.
- عدد الوحدات أو الكمية الصافية أو هما معاً. يجب أن يشار إلى عدد الوحدات أو الكمية الصافية حسب النظام المتري (معبّر عنه بالوحدة العالمية) بالنسبة للسلع أو المنتجات الملففة أو التي تباع بالوزن.
- تركيبة السلعة أو المنتج عندما تكون هذه المعلومة ضرورية للمستهلك لتمكينه من استعمال السلعة أو المنتج بكل أمان.
- شروط الاستعمال الخاصة، لا سيما احتياطات الاستخدام.

¹ - مرسوم رقم 2.12.503 صادر في 4 ذي القعدة 1434 (11 سبتمبر 2013) بتطبيق بعض أحكام القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك. ج. عدد 6192 بتاريخ 26 ذو القعدة 1434 (3 أكتوبر 2013).

² - قرار وزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي رقم 06.14 صادر في 29 من صفر 1435 (2 يناير 2014) يتعلق بتحديد البيانات الإلزامية وشكل اللصيقة وكيفيات تثبيتها على السلع أو المنتجات في قطاع التجارة والصناعة. ج. ر عدد 6286 بتاريخ فاتح ذو القعدة 1435 (28 أغسطس 2014).

- شروط الحفظ وكذا تاريخ الانتهاء أو مدة الصلاحية عند الضرورة، بالنسبة للسلع والمنتجات القابلة للتلف أو التي يمكن أن تتغير فعاليتها حسب شروط حفظها¹.
- جميع المعلومات الأخرى التي تكون الإشارة إليها في عنونة السلعة أو المنتج ضرورية بمقتضى نص تنظيمي خاص بهذه السلعة أو المنتج.

في حين أوجبت المادة السادسة من القرار طبقاً للمادة 27 من المرسوم أن تحرر المعلومات الموجودة على اللصيقة باللغة العربية، وعند الاقتضاء، بلغة أو لغات أجنبية أخرى وأن تكون واضحة ومقروءة وغير قابلة للمحو، كما يجب تثبيت اللصيقة في مكان ظاهر على السلعة أو المنتج أو على غلاف هذا الأخير بحيث يمكن للمستهلك أن يشاهدها، كما يجب أن تمكن الأبعاد الخاصة بالبيانات التي تحملها اللصيقة، المستهلك من معرفة هذه المعلومات بسهولة.

وعندما لا تسمح طبيعة السلعة أو المنتج بعنوانته بواسطة لصيقة، يجب تثبيت البيانات الإلزامية أو طبعها على المنتج أو السلعة أو علة غلافها بواسطة كل وسيلة أخرى توفر نفس الضمانات الواردة في المادة 27 من المرسوم السالف الذكر². والمتتبع لموقف الفقه³ وأحكام القضاء يستطيع لأن يتبين الاتجاه إلى التوسع في تقرير هذا الالتزام المتعلق بوضع الشيء وأوصافه المادية في المرحلة السابقة على إبرام العقد، وإدخاله في كل العقود التي تشتمل على التزام المحترف أو المهني بإعطاء شيء أو تقديم خدمة⁴.

¹ - جاء في القرار رقم 2017/958 بتاريخ 2017-06-01 أنه: "لما كان الدقيق مادة غذائية يستهلكها الإنسان وأنه متى انتهت مدة صلاحيته يصير غير صالح للاستهلاك وبالتالي فاسد، وأن حيازته بدون سبب مشروع تجعل العقاب يطال حائزه وفقاً لمقتضيات الفصل 6 من 5-10-1984 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع، فإن المحكمة لما أدانت الطاعن من أجل جنح بيع وحيازة وتخزين مادة الدقيق منتهية الصلاحية، تكون قد طبقت المقتضيات المتعلقة بالجريمة المتلبس بها المنصوص عليها في الفصل 27 من ظهير 1984-10-05 التي لا تقيد المتابعة بالخبرة وبن نتائج الاطلاع عليها، وجاء قرارها معللاً وغير خارق للقانون.

² - المادة الثانية من القرار المشترك.

³ - Françoise LABARTHE, La notion de document contractuel, L.G.D.J, Tome 241, Paris, 1994, p. 17.

- Gérard GAS et Didier FERRIER, Traité de droit de la consommation, P.U.F, Paris, 1986, p. 420.

⁴ - Cass. Civ, 7 mai 1974 ; Bull. civ, III, p. 140, note, Defrénois ; 1975 ; 1 art 954, No 16, p.910.

- C. A. Bourges, 4 février 1963, D, 1963, p. 239 ; RTD. Com. 1963, p. 299, obs. M. BOITARD.

- C. A. Paris, 17 octobre 1967, J.C.P. 1964, IV, p. 163.

ثانياً: المعلومات المرتبطة بطريقة استخدام المنتج أو تشغيله

تكمّن الحكمة من فرض التزام على عاتق المهني بتزويد المستهلك بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة باستعمال المنتج في تمكين هذا الأخير من تحقيق أقصى استفادة ممكنة من المبيع بحيث يؤدي الغرض المقصود من شرائه على أكمل وجه¹، فضلاً عن حماية أمن المستهلك بتجنيبه مخاطر ومضار هذا الاستعمال².

وتزداد أهمية هذا الالتزام في ضوء التطور العلمي والتكنولوجي الذي صاحب إنتاج السلع وتقديم الخدمات، بحيث أصبح يتعذر على المستهلك العادي الإحاطة بكل ما هو جديد في مجالات التقنية الحديثة بكافة أصنافها، وبالتالي أصبح يجهل الطرق الصحيحة لاستخدام المنتج المبتكر أو حديث الاستعمال. ومن ناحية أخرى قد يترتب على استعمال الشيء محل التعاقد خطورة ما، لذا يجب على المدين بالالتزام بالإعلام إحاطة المستهلك بمصادر هذه الخطورة وأبعادها وطرق تجنبها عملاً على حمايته من الأضرار التي قد تنشأ عنها، وخاصة في مجال المنتجات الحديثة³.

ولهذا تلزم المادة 3 من القانون 31.08 المحترف بإعلام المستهلك عن طريقة استخدام الشيء أو الانتفاع بالخدمة محل العقد، فالمنتج أو البائع المتخصص يلتزم بتوضيح كيفية

- C. A. Rouen, 8 février 1974, D, 1974, som. P. 72, RTD.com. 1974, p. 492, obs. M. BOITARD et BUBARRY

¹ - Nicole CHARDIN, Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, L.G.D.J., Tome CXCIX, Paris, 1988, p. 151.

- كما أكد على ذلك القضاء الفرنسي في العديد من قراراته :

- Civ. 1^{er}, 9 mai 1995, Gaz. Pal. 1996, 1, pan. 21, limites d'un logiciel. – 20 juin 1995, Rev. Dr. imm. 1995, p. 751, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli, 197, s'agissant de tuiles « vieilles » présentant un risque de décoloration.

- C. A Saint- Denis de la réunion, 26 janv. 1993, JCP 1994, éd. G, II, 22299, note Gouyou : le vendeur d'un terminal de cuisson de boulangerie doit informer l'acheteur de la nécessité d'une alimentation électrique en courant triphasé, impossible en l'espèce.

- Com. 25 mai 1993, Gaz. Pal. 1995, 2, somm. 320, obs. B. Moisson de Vaux : un vendeur installateur d'un système d'alarme a l'obligation d'informer l'acheteur, un bijoutier, des conséquences de son achat au regard de l'assurance du risque de vol.

² - منى أبو بكر الصديق، م. س، ص 50.

³ - عمر محمد عبد الباقي، م. س، ص 233.

استخدام المنتج التي يبيعها لمن ليس له دراية بها حتى يقدم هذا الأخير على شرائها وهو مدرك لمدى ملاءمة العقد لاحتياجاته الحقيقية. وكذا المادة 10 التي تفرض إخباره بالمدة التي تكون من خلالها قطع الغيار والقطع اللازمة لاستخدام المنتجات أو السلع متوفرة في السوق وذلك قبل إبرام العقد.

ويتضح من استعراض بعض أحكام القضاء الفرنسي أن الالتزام يصبح أكثر إلحاحا حينما يكون عقد الاستخدام هو سلعة حديثة العرض في الأسواق أو تتميز بخطورتها الكامنة فيها أو في استخدامها، ويقول Phillipe Malinvaud أنه من الضرورة أن يتم وضع خصائص السلعة أو إمكانية حدوث الضرر منها في مكان ظاهر من السلعة أو في الشرة المصاحبة لها¹. يضاف إلى ذلك أن الإخبار بطريقة الاستعمال تمثل بعدا مؤثرا في رضا المقبل على التعاقد، نظرا لأن العلم بالصفة الخطرة للشيء، إن وجدت، يعد من البيانات الجوهرية الواجب الإعلام به، ومن ثم الإلمام بها قبل التعاقد.

وفي ضوء ذلك يلتزم المنتج أو البائع أو من يمثلها، خاصة إذا كان مهنيا في مواجهة المستهلك بتوضيح كيفية استخدام الشيء محل التعاقد حتى يقدم هذا الأخير على التعاقد وهو مدرك لمدى ملاءمة العقد لاحتياجاته الحقيقية. ولذلك أنشأت المحاكم في جميع القضايا المتعلقة بالصانع أو البائع المهني التزاما جديدا وهاما للغاية، يتعلق بتحذير المستهلك من أخطار المنتج محل التعاقد، ولا يقتصر الأمر على ذلك، بل امتد ليشمل المعلومات التي قد يجهلها ذلك البائع ولكن لديه القدرة على معرفتها².

ويقصد **بالتحذير** لفت انتباه المستهلك إلى المخاطر التي قد تتجم عن حيازة المنتج أو استعماله، وكذلك إلى الاحتياطات والتدابير التي يتعين عليه مراعاتها للحيلولة دون وقوع هذه المخاطر. ولهذا يجب أن تجتمع فيه شروط معينة يقاس على ضوئها مدى كفايته في لفت انتباه المستهلك إلى مخاطر المنتج المبيع ووسائل تلافيه، وتعفي المهني، في نفس الوقت، من المسؤولية. وهي كالتالي:

1 - عبد المنعم موسى إبراهيم، م. س، ص 377.

2 - MALINVAUD (ph), La protection des consommateurs, Dalloz, 1981, p. 53.

أ - أن يكون التحذير كاملا ووافيا:

يقصد بهذا الاشتراط أن يلفت المهني انتباه المستهلك إلى كافة المخاطر التي قد تصاحب استعمال الشيء أو تنجم عن مجرد حيازته وحفظه والتي من الممكن أن يتعرض لها، سواء في شخصه أو في ماله، وإلى أفضل السبل لتوقي هذه المخاطر. فلا يصح أن ينساق المهني وراء الاعتبارات التجارية البحتة ليظهر بعض المخاطر ويخفي البعض الآخر خشية خوف العملاء من استعمال منتوجاته، ويكفي أن يوضح للمستعمل احتياطا يجب عليه أن يراعيه عند الاستعمال دون أن يبين له الخطر الذي يمكن أن يلحق به إذا أغفل هذا الاحتياط، تاركا للمستعمل استنتاج هذا الخطر، فقد لا يستطيع أن يخمنه خصوصا إذا كانت المنتجات من الأشياء التي يشيع استعمالها لدى عامة الناس، بما يؤدي إلى تهاونه في اتخاذ الاحتياط المذكور¹.

ومنه نستنتج أن أهمية هذا الشرط تعزى إلى أمرين: أولهما، أن المحترف قد تدفعه رغبته في تشجيع المستهلك على الإقدام على الشراء إلى إخفاء بعض المخاطر أو ذكرها بنوع من الاقتضاب، وسلامة المستهلك أولى من أية اعتبارات أخرى قد ينساق وراءها المنتج بغرض توزيع أكبر قدر ممكن من منتجاته. وثانيهما، أنه حينما يكون المنتج من الأشياء التي يشيع استعمالها بين الناس، فلا ينبغي أن يكون ذلك داعيا إلى اعتقاد المنتج بعدم أهمية الإفصاح عن البيانات التحذيرية الخاصة به، فيتهاون في ذكره أو في بيان أحد الاحتياطات الواجب اتخاذها لتلافي مخاطره². واشتراط التحذير كاملا يتنافى مع إغفال التحذير كلية من جانب المهني، كما يتنافى مع إخفاء شيء من هذه المخاطر أيا كانت جسامتها³.

وقد تشدد القضاء الفرنسي⁴ في تطلب ضرورة اكتمال التحذير عندما يرد العقد على أحد المنتجات القابلة للاشتعال أو السامة أو الدوائية أو الغذائية المحفوظة⁵.

1 - محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، الطبعة الأولى، 1983، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 25.

2 - منى أبو بكر الصديق، م. س، ص 56.

3 - كما حثت الشريعة الإسلامية المسلمين على التزام جانب الصدق في جميع المعاملات وفي مختلف مجالاتها، وذلك مصداقا لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين". سورة التوبة، الآية 119. كما روي عن أنس (ض) قال: قال رسول الله (ص): "التاجر الصدوق تحت ظل العرش يوم القيامة". رواه الأصبهاني وغيره.

4 - Cass. Civ, 13 mai 1986 Bull. civ, 1986, 1, n° 128, p. 128.

5 - للمزيد حول هذه النقطة، انظر منى أبو بكر الصديق، م. س، ص 56 وما يليها.

ب - أن يكون التحذير واضحا ودقيقا:

يقصد بوضوح التحذير أمران:

الأمر الأول: أن تأتي العبارات التحذير واضحة في دلالتها على بيان المخاطر التي قد تنجم عن حيازة المنتج أو استعماله حال إغفال الاحتياطات المتضمنة في التحذير، بحيث يعي المستهلك، على وجه اليقين، ضرورة مراعاة الاحتياطات لتجنب مخاطره¹. وبالتالي يتنافى مع وضوح التحذير الاقتصار على التنبيه الوجيز أو الإخبار ببيان مختصر أو عبارات مقتضبة لا تفيد معنى التحذير. وتطبيقا لذلك فإنه لا يعفى المنتج من المسؤولية أن يكون قد كتب على العبوة عبارة "مادة قابلة للاشتعال" إذ أن المشتري قد يفسرها على وجوب عدم ملامستها أو تقريبها من النار أو الشرارة، وذلك دون أن يطرأ على باله أن الأبخرة المتصاعدة منها يمكن، في بعض الظروف، أن تحدث انفجارا².

ويخل كذلك بوضوح التحذير استعمال عبارات يكتنفها اللبس والغموض بحيث تحتل أكثر من معنى، فعلى سبيل المثال، قد يفهم من المستعمل عبارة "يحفظ في مكان بارد بعد الفتح" التي عادة ما ترفق بزجاجات عصير الفواكه، على أنها مجرد توصية حتى يظل العصير محتفظا بخواصه الطبيعية، لذا ينبغي على الصانع أن يبين صراحة أن عدم اتباع هذا الاحتياط يفضي إلى تخمر العصير بفعل الحرارة، مما يؤدي بدوره إلى انفجار القارورة المحتوية عليه، ومن ثم مان من الأجدى أن تضيف الشركة المنتجة إلى العبارة السابقة عبارة "انتبه من خطر تخمر وانفجار القارورة" مثلا³.

الأمر الثاني، أن تصاغ البيانات التحذيرية في عبارات سهلة يحسن فهمها من قبل المستعمل، مما يقتضي خلوها من المصطلحات التقنية والعلمية المعقدة التي يتعذر على غير المتخصصين فهمها، وذلك حتى يتسنى للمستهلك العادي الوقوف على مدى ما يتعرض له من مخاطر والوسائل اللازمة الوقاية منها⁴. بل وبالنظر لتقشي الأمية في المجتمع المغربي بشكل

¹ - ثروت فتحي إسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهني، الصانع والموزع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1986، ص 349.

² - Cass. Civ, 31 janv. 1973.

³ - OVERSTAKE. (H.F), La responsabilité du fabricant des produits dangereux, 1972, p. 495.

⁴ - محمد شكري سرور، م. س، ص 27.

كبير، سيكون من الأجدى إيصال التحذير لهم من خلال رسوم بسيطة ترمز للخطر الذي قد ينجم عن حيازة منتجاته أو استعمالها.

وبواجه المستهلك المغربي عقبة أخرى تتمثل في أن البضائع الأجنبية التي غزت أسواقنا المحلية لا تكون مصحوبة عادة بأية بيانات مفهومة باللغة العربية عن خصائصها أو طريقة استعمالها أو مخاطرها، مما يجعل المستهلك في وضع مبهم ومعرض لكل الاحتمالات.

ج - أن يكون التحذير ظاهرا

أي أن يكون متاحا في مكان ظاهر يجذب انتباه المستهلك ويصطدم بنظره من الوهلة الأولى¹. ويقتضي ذلك أن تكون البيانات التحذيرية قد حررت بطريقة مميزة عن غيرها من البيانات الأخرى التي قد تتعلق بمكونات المنتج وخصائصه أو بطريقة استعماله، سواء تمثل هذا التمييز في اختلاف اللون المستعمل في الطباعة أو استخدام حروف بارزة أو كبيرة نسبيا في الكتابة². وتظهر أهمية هذا الشرط خاصة في الحالات التي ينعدم فيها الاتصال المباشر بين المنتج والمستهلك.

وفي هذا الصدد، نصت المادة 6 من القرار الوزاري المشترك بخصوص اللصيقة رقم 06.14 المشار إليه أعلاه، على وجوب أن تحرر البيانات الإلزامية بطريقة واضحة ومقروءة وغير قابلة للمحو باستعمال حروف وعناصر طباعة مناسبة ومجموعة حروف لا يقل حجمها عن 1.2 ملليمتر، تسمح بقراءة المعلومات بسهولة³.

1 - حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 75.

2 - ثروت فتحي إسماعيل، م. س، ص 353.

3 - تقابلها المادة 13 من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري لسنة 2006.

د - أن يكون التحذير لصيقاً بالمنتج

لكي يحقق التحذير الغرض المقصود منه، ينبغي أن يصل إلى علم المستهلك قبل استعماله للمنتج، وهو ما لا يتأتى إلا إذا كان لصيقاً به، بحيث يمكن القول إنه يلزمه دائماً ولا ينفك عنه أبداً¹. ويقتضي تطبيق هذا الشرط التفرقة بين المنتجات بحسب طبيعتها:

فإذا كانت ذات قوام صلب، تطبع العبارات التحذيرية على جسم المنتج ذاته أو على قطع معدنية تثبت عليه. أما إذا كانت ذات قوام سائل أو لين بما ستلزم تعبئتها في عبوات أو أنابيب، كالأطعمة والمشروبات المعبأة في قارورات زجاجية والمنتجات الدوائية الموضوعة في أنابيب، فإنه يجب وضع التحذير على العبوة. فإن كانت هذه الأخيرة بدورها موضوعة داخل غلاف خارجي، كعلبة من الكرتون مثلاً، ينبغي كتابة التحذير على الغلاف الخارجي وعلى العبوة معاً، فلا تغني إحداها عن الأخرى. ذلك أن المشتري قد يتخلص من الغلاف أو يفقده لأي سبب من الأسباب، وعندما ينفصل التغليف عن المبيع، سيكون خالياً من التحذير المفيد عند الاستعمال. ويرى بعض الفقهاء² الاكتفاء، في هذه الحالة، بإدراج التحذير في صورة منشور أو كتيب يرفق بالمنتج ويوضع مع عبوته، وذلك تأسيساً على أن تحديد مكان وضع التحذير يتوقف على طبيعة المنتج من ناحية، ونوع وشكل العبوة التي تحتوي عليه من ناحية أخرى.

لكننا نتفق مع من يفرق بين البيانات التحذيرية وغيرها، فبالنسبة للبيانات المتعلقة بخصائص المنتج ومواصفاته المادية، لا مانع من إدراجها في نشرة أو كتيب يرفق بالمبيع، لكن لا يمكن قبول ذلك فيما يتعلق بالبيانات التحذيرية التي يلزم أن تكون لصيقة تماماً بالمنتج.

أما فيما يتعلق ببيع العبوات الفارغة التي كانت تحوي مواد خطيرة، وهي متوافرة في السوق المغربي، فإن مدى التزام المنتج بالتحذير بشأنها أثار خلافاً فقهيًا، وذلك على إثر ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من عدم مسؤولية منتج مبيدات الأعشاب الذي قام ببيع بعض الأكياس التي تحتوي على هذه المبيدات إلى تاجر أسمدة، فقام هذا الأخير بدوره بتعبئتها بهذه

1 - محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص 29.

2 - ثروت فتحي إسماعيل، م. س، ص 354.

الأسمدة وعرضها للبيع، مما ترتب على استعمالها هلاك بعض المحصولات الزراعية نتيجة المواد الحارقة التي كانت تحويها هذه الأكياس من قبل. واستندت المحكمة في حكمها إلى أن الشركة المنتجة لمبيدات الأعشاب كانت قد اتخذت كافة الاحتياطات اللازمة لتحذير المشتري من المخاطر التي قد تنجم عن استعمال هذه الأكياس وأدرجت البيانات التحذيرية في فواتير الثمن، وبالتالي فليس لتاجر الأسمدة أن يرجع عليها بعد ذلك بالضمان، أي بالتعويضات التي يطالب بها مشترى الأسمدة المعبأة في الأكياس الخطرة¹.

وقد أيد جانب من الفقه² هذا الحكم، أي أن بائع العبوات الفارغة ينحصر التزامه في أن يبين للمشتري طبيعة المواد التي كانت تحتوي عليها من قبل، ولا يكون مسؤولاً بعد ذلك إذا ما أعيد تعبئتها بمواد مختلفة الخصائص، ولا يسأل بالتالي عن الأضرار التي تنجم عنها. بينما رأى البعض³، أن محكمة النقض قد جانبها الصواب في هذا الحطم، بالنظر إلى أن الشركة البائعة للأكياس الخطرة تكون، بإدراجها البيانات التحذيرية في ورقة منفصلة عن المبيع، قد أخلت بالتزامها بالتحذير من حيث عدم ظهوره، لاسيما وأن طبيعة المنتج كانت تسمح بطبع التحذير عليه مباشرة بحيث لا ينفصل عنه.

لكن البعض الآخر⁴، فرق بين العبوات الفارغة التي لم تتأثر بالمواد الخطرة التي كانت تحويها، وتلك التي تأثرت بها. فبالنسبة للعبوات الأولى، ومثلها العبوات البلاستيكية أو الكرتونية التي كانت تحتوي على أدوية مغلفة لم تتأثر مطلقاً بها، فهذه لا حاجة للتحذير بشأنها عند بيعها، أما العبوات التي تحتوي على مواد خطيرة أثرت عليها، فينبغي التحذير من مخاطرها في ورقة تطبع على العبوة ذاتها، بالنظر إلى أنها قد أصبحت في ذاتها مادة خطيرة.

وترتيباً على ما تقدم، فإذا نفذ المهني التزامه بتحذير المستهلك وفقاً للشروط السابقة، فإنه يكون قد أوفى بالتزامه تجاهه، أما إذا أخل بالتزامه بالإعلام، تقرر مسؤوليته.

¹ - Cass. Civ, 21 juillet. 1970, Bull, Civ.1, n° 249, p.201.

² - محمد شكري سرور، م. س، ص 31.

³ - ثروت فتحي إسماعيل، م. س، ص 355.

⁴ - ميرفت ربيع عبد العال، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 43.

ثالثاً: المعلومات المتعلقة بشروط التعاقد والسعر

لابد أن تكون شروط التعاقد مكتوبة بشكل واضح، فالمادة 9 من القانون 31.08 نصت على أنه "فيما يتعلق بالعقود التي يحرر جميع أو بعض شروطها المقترحة على المستهلك كتابة، يجب تقديم هذه الشروط وتحريرها بصورة واضحة ومفهومة...".

فالوضوح المطلوب في عقد الاستهلاك يعني أن تكون بنود العقد مكتوبة بخط واضح وبارز سهل القراءة ويحيل على مضمونها بسهولة، وهو ما يحيل على الخط المستعمل في تحرير العقد وعلى جودة الطباعة والموقع أو المكان الواردة به شروط العقد، خاصة الهامة منها، وعلى ضرورة احترام نوع من الفصل بين الحروف أو تجنب تداخل السطور الذي يخلق صعوبات فيما يخص قراءة العقد بشكل عادي. وبالتالي، لا يمكن أن ندعي أن العقد أو شروطه كانت واضحة عندما تكون مكتوبة بحروف صغيرة كما هو الحال اليوم في جل العقود النموذجية "المقترحة" على المستهلكين، وكذلك الأمر بالنسبة للشروط المهمة بالنسبة للمستهلك التي يتم إدراجها وسط الشروط العامة أو وسط عدة مقتضيات واردة خلف الوثيقة التعاقدية، ولذلك فهو غالباً ما لا يطلع عليها ولا يكون على علم بها وقت إبرام العقد¹. كما أكدت المادة 9 أنه لا يكفي تقديم شروط العقد بشكل واضح بل يجب أن تكون مفهومة. ويقصد بذلك تجنب استعمال الحروف المختصرة les abréviations أو الإشارات les sigles والصيغ الغمضة أو الإحالات التلقائية لشرط على آخر، لأن من شأن ذلك أن يحول دون فهم المستهلك لمضمون التزامه ومداه، بل وغالباً ما توقعه في سوء فهم وغلط في تقدير حجم التزامه.

أما بالنسبة للإعلام بالسعر، فالمادة 5 نصت على أن "البيان المتعلق بالسعر أو التعريف التي يكون الإعلام بهما إجبارياً تطبيقاً للمادة 3 الثمن أو التعريف الإجمالية التي يتعين على المستهلك دفعها بما في ذلك الضريبة على القيمة المضافة وجميع الرسوم الأخرى، وكذا التكلفة الإضافية لجميع الخدمات التي يلزم المستهلك بأدائها". كذلك المادة 11 من القانون 31.96 المتعلق بالنظام الأساسي لوكالات الأسفار، التي جاء فيها أنه "يجب أن يبرم في شأن العمليات

1 - أبو بكر مهم، م. س، ص 72.

المبينة في المادة الأولى¹ أعلاه والداخلية في إطار خدمة ذات سعر إجمالي عقد تقدم قبل توقيعه معلومات مفصلة حول مضمون الخدمات المقترحة وأسعارها وكيفية التسديد وشروط إبطال العقد وكذا الشروط المتعلقة بعبور الحدود. فيجب أن يستطيع المشتري أن يقرأ السعر ويفهم أن هذا هو السعر الذي تعرض به السلعة وليس رقم الإنتاج أو تاريخ الصنع أو غيره، وألا يفرض عليه أداء أية مصاريف إضافية خارج العرض المعلن عنه، كما على البائع أن يراعي الدقة في حالة تخفيض الأسعار ببيان وجود التخفيض وقيمه بشكل واضح على السلع الخاضعة لذلك التخفيض حسب قانون تدابير حماية المستهلك المغربي ومختلف القوانين المقارنة.

ويشكل إلزام المهني بتسليم الفاتورة وسيلة هامة لتمكين المستهلك من الإلمام بالعديد من الجوانب المتعلقة بالعملية التعاقدية التي أنجزها، نظرا لما تتضمنه هذه الوثيقة من بيانات مهمة، الأمر الذي يساهم في التأسيس لشفافية المعاملات. فالفاتورة وسيلة إثبات فعالة بالنسبة للمستهلك، لكونها تسمح أولا بإثبات وجود العلاقة التعاقدية بين المهني والمستهلك، وثانيا تسمح من خلال البيانات الواردة فيها من التحقق من مطابقة العملية المبرمة للمقتضيات التي تحكم العلاقات الاقتصادية عامة².

فالمادة 4 من قانون 31.08 ألزمت "المورد بتسليم فاتورة أو مخالصة أو تذكرة صندوق أو أي وثيقة أخرى تقوم مقامها إلى كل مستهلك قام بعملية شراء، وذلك وفقا للمقتضيات الجاري بها العمل". وفصلت المادة 25 من المرسوم التطبيقي لبعض أحكام القانون 31.08 البيانات الإلزامية التي يجب أن تتضمنها الفاتورة، حيث نصت أنه "يجب أن تتضمن الفواتير

1 - المادة 1 من القانون 31.96: "يعتبر وكيلا للأسفار كل شخص طبيعيا كان أو معنويا يزاول بصورة اعتيادية قصد الحصول على ربح الأعمال التالية أو يساعد على القيام بها باستثناء أي عمل آخر:

أ - تنظيم أسفار أو مقامات فردية أو جماعية أو بيع منتجات هذا العمل.
ب - تقديم خدمات يمكن القيام بها بمناسبة أسفار أو مقامات، ولاسيما حجز وتسليم سندات النقل وإيجار وسائل النقل لحساب زبائنه، وحجز غرف بمؤسسات الإيواء السياحي وتسليم سندات الإيواء أو الإطعام أو هما معا.
ج - تقديم خدمات مرتبطة باستقبال السياح ولاسيما تنظيم رحلات، زيارات المدن أو المواقع أو المآثر التاريخية، وخدمة المرشدين والمرافقين السياحيين.

د - إنتاج أو بيع الخدمات السياحية ذات السعر الإجمالي، وإنجاز العمليات المرتبطة بتنظيم المؤتمرات أو التظاهرات المماثلة، وكذا بالأنشطة السياحية المرتبطة بالرياضة والقتص وصيد الأسماك والصعود إلى الجبال والتظاهرات الفنية والثقافية، إذا كانت جميع هذه العمليات تشمل مجموع أو بعض الخدمات المنصوص عليها في (أ) و (ب) و (ج) من هذه المادة".

2 - أبو بكر مهم، م. س، ص 74.

والمخالصات وتذاكر الصندوق المشار إليها في المادة 4 من القانون رقم 31.08، وأي وثيقة أخرى تقوم مقامها، البيانات التالية:

- التعريف بالمورد.
- تحديد السلعة أو السلع أو المنتجات أو الخدمات.
- تاريخ ومكان العملية، وعند الاقتضاء، تاريخ التسليم.
- سعر البيع الواجب على المستهلك أدائه.
- كفاءات الأداء.

كما يمكن لهذه الفواتير أن تتضمن بيانات إجبارية أخرى تحدد حسب طبيعة السلعة أو المنتج أو الخدمة بقرار مشترك للسلطة الحكومية المكلفة بالتجارة والسلطة الحكومية الوصية على قطاع النشاط المعني بهذه السلع أو المنتجات أو الخدمات.

وفي فرنسا، بينت المادة 1-112 L من تقنين الاستهلاك¹، أنه يلزم في سبيل تنوير إرادة المستهلك، تبصرته 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 مستنيرة بما يكفي لصحة التعاقد بمجرد التعرف على خصائص السلعة وشخصية المتعاقد الآخر فقط، فبجانب ذلك يتضمن أن يعلم المستهلك بسعر السلعة بشيء من التفصيل².

وإذا كانت القواعد العامة ترى في الإيجاب أنه العرض الذي يتقدم به شخص معين إلى آخر لإبرام عقد ما بغية الحصول على قبوله إياه، وبالتالي قيام العقد، فيلزم لكي يعتبر العرض إيجاباً أن يتضمن، على الأقل، طبيعة العقد المراد إبرامه، فضلاً عن أركانه الأساسية، فالإيجاب بالبيع مثلاً، يلزم أن يتضمن الرغبة في إبرام البيع والشيء المراد بيعه أو شراؤه والتمن.

¹ - Art. L 112-1.

² - محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 310.

وبالتالي، فمن الصعب إنكار مدى احتياج المستهلك للمعلومات المتعلقة بسعر السلع أو الخدمات التي تكون محلا للعرض المقدم من المهني للمستهلكين.

رابعاً: المعلومات المرتبطة بآجال التسليم

يعتبر الإعلام بآجال التسليم من البيانات الهامة التي يجب على المورد التنصيص عليها بدقة في الوثيقة التعاقدية حسب المواد 12 و13 و14 من القانون 31.08، حيث يحدد الأجل الذي يتعهد فيه المورد بتنفيذ التزامه بالتسليم وذلك إذا تجاوز الثمن أو التعريف المتفق عليه الحد المحدد بنص تنظيمي، وقد حددت المادة 28 من المرسوم التطبيقي لهذا القانون هذا السقف في 3 آلاف درهم¹. وبالتالي وطبقاً لهذه المادة، لم يعد بإمكان المهني أن يقتصر على الإشارة إلى تاريخ تقريبي لتنفيذ الالتزام بالتسليم، بل أصبح من الواجب عليه تحديده بدقة ووضوح².

كذلك المادة 13 نصت أنه إذا انتهى الأجل المحدد بسبعة أيام، ولم يعز هذا التأخير إلى قوة قاهرة³، أصبح من حق المستهلك داخل أجل أقصاه خمسة أيام أن يفسخ العقد بقوة القانون ودون الحاجة إلى اللجوء للقضاء، وذلك بواسطة أي وسيلة تثبت التوصل، على ألا يكون تسليم السلعة أو تقديم الخدمة قد تم في المدة الفاصلة بين توجيه المستهلك للإشعار المذكور وتسلمه من لدن المورد. ولا تحول دون ذلك الأحكام التعاقدية المخافة ودون المساس بأحكام الفصلية 259 و260 من ق. ل. ع⁴.

كما تضمنت المادة L 222-6 من التقنين الفرنسي للاستهلاك، النص على ضرورة إعلام المستهلك بتاريخ التسليم أو الميعاد الخاص بتنفيذ الخدمة محل العقد، وقضت محكمة استئناف باريس بأنه، ووفقاً للمادة المذكورة، فإنه يتعين على المهني إعلام المستهلك بتاريخ التسليم أو

1 - في حين حددها التشريع الفرنسي للاستهلاك في 500 أورو، حسب المادة R-114-1.

2 - أبو بكر مهم، م. س، ص 76.

3 - كما حدث مع وكالات الأسفار المغربية التي لم تستطع تنفيذ التزاماتها إزاء زبائنها إبان جائحة كورونا ابتداء من شهر مارس 2020.

4 - الفصل 259 من ق. ل. ع: "إذا كان المدين في حالة مطل، كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذه ممكناً. فإن لم يكن ممكناً جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين. إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي مازال ممكناً، وإما فسخه وذلك مع التعويض في الحالتين. وعلاوة على ذلك، تطبق القواعد المقررة في الأبواب المتعلقة بالعقود الخاصة. لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة".

- الفصل 260 ق. ل. ع: "إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزامه، وقع الفسخ بقوة القانون".

تاريخ تنفيذ الخدمة محال العقد، فلا يكفي ذكر مدة معينة، ولكن ينبغي تحديد التاريخ بوضوح¹. حيث قضت محكمة النقض الفرنسية² في حكم حديث لها بأن جزاء الإخلال بالتزام تحديد تاريخ التسليم أو ميعاد الخدمة ليس بطلان العقد وإنما يقتصر الأمر على فسخ العقد بموجب إشعار مع إثبات التوصل بعد فوات الأجل بسبعة أيام، ما عدا في حالة القوة القاهرة. وبالتالي، فالعقد يعتبر مفسوخا بمجرد تسلم المهني لأشعار المستهلك الذي يعبر فيه عن رغبته في فسخ العقد لفوات أجل السبعة أيام اللاحقة على ميعاد التسليم أو توريد الخدمة محل العقد، مع ضرورة الأخذ في الاعتبار التحفظ الخاص بحالة القوة القاهرة التي يقع عبئ إثباتها على المهني. وبالتالي فإن توفر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي يسمح للمهني بالتمسك بتنفيذ العقد حتى ولو كان قد تسلم إشعار المستهلك.

أما في مجال تقديم الخدمات، فتزداد أهمية الالتزام بالإعلام لكون مقدم الخدمة يقوم عادة بالإعلان عنها من خلال عرض مزاياها والتجهيزات المستخدمة في أدائها، لا سيما وأن مستهلكي الخدمات لا يمكنهم، بالنظر لطبيعتها اللامادية، تقييم جودة الخدمة المقدمة إليهم والحكم عليها قبل استهلاكها بالفعل.

ويعد عقد الرحلة من أهم العقود الاستهلاكية التي يرد محلها على تقديم خدمة. ويحتل الالتزام بالإعلام فيه مكانه كبير، حيث تقف وكالات السياحة والأسفار في مركز المهني في علاقتها بمستهلك الخدمات السياحية "العميل السائح". ويستتبع اكتساب العميل في عقد الرحلة صفة المستهلك ضرورة الاعتراف له بجميع الحقوق المقررة لطائفة المستهلكين، ومنها حقه في الحصول على كافة المعلومات المتعلقة بوسائل النقل وأماكن الزيارة والجولات السياحية ومخاطر الرحلة والاحتياطات الواجبة لتجنب وقوع أية حوادث³. وكثيرا ما نشهد قيام وكالات الأسفار بتنظيم رحلات شاملة، تتولى الإعلان عنها وتدعو الجمهور للاشتراك فيها مقابل دفع

¹ - C A Paris, 3 juill. 2001.

² - Cass. 1^{ère} civ, 28 mai 2009.

³ - المادة 13 من القانون 31.96 المتعلق بالنظام الأساسي لوكالات الأسفار: "يجب أن يتضمن العقد المبرم بين وكيل الأسفار والزبون، جميع البيانات المتعلقة بأسماء وعناوين المنظم ووكيل الأسفار والضامن والمؤمن، وبوصف الخدمات المقدمة وحقوق والتزامات الأطراف خاصة فيما يتعلق بالسعر، والجدول الزمني، وإجراءات التسديد، ومراجعة الأسعار المحتملة وإبطال العقد، وإخبار الزبون بذلك قبل بداية السفر أو المقام".

مبلغ إجمالي¹ يشمل التذاكر والإقامة وباقي الخدمات الأخرى، كما هو الحال بالنسبة لرحلات الحج والعمرة مثلاً.

وقد اهتم المشرع بهذا العقد وألزم وكيل الأسفار، من خلال المادة 10 من القانون 31.96 المتعلق بالنظام الأساسي لوكالات الأسفار، أن ينشر ويوزع إما باسمه أو باسم المؤسسة المنتجة للخدمة السياحية عدداً كافياً من المطويات أو الكتيبات التي تتضمن المعلومات المتعلقة بالسفر والخدمات والأسعار المقترحة عن كل رحلة أو خدمة ذات سعر إجمالي معروضة. وكذلك المادة 17 التي فرضت على هذه الوكالات، الاستعانة بخدمات مرافقي ومرشدي السياحة والجمال المعتمدين من لدن الإدارة الوصية، لتقديم خدمة المرافقة والإرشاد للسياح خلال الزيارات التي يقومون بها إلى المدن أو المتاحف والمآثر التاريخية أو الجولات في الجبال.

أما في التشريعات المقارنة، ففي مصر نجد أن القانون رقم 83 لسنة 1977 الخاص بتنظيم الشركات السياحية والمعدل بالقانون رقم 118 لسنة 1983 لم يتضمن إلزاماً لوكالات السياحة والسفر بإعلام عملائها، باعتبار أن هذا القانون لم ينظم، بصفة عامة، التزامات تلك الوكالات، تاركاً تحديدها للقواعد العامة وبعض النصوص القانونية الصادرة عن وزير السياحة². وفي التشريع الفرنسي نجد المادة R 211-6 من قانون السياحة الفرنسي تنص على التزام مقدم الخدمة بأن يقدم للمستهلكين، قبل التعاقد، المعلومات الخاصة بالأسعار والمواعيد، وغير ذلك من العناصر المكونة للخدمات المقدمة خلال الرحلة أو خلال مدة الإقامة، مثل:

- مقصد الرحلة ووسائل النقل المستخدمة وفئات تلك الوسائل.
- نوع السكن وموقعه ومستوى الإقامة والتصنيف السياحي المعتمد وفقاً لقواعد وأعراف الدول المضيفة.
- وجبات الطعام المقدمة.

¹ - المادة 11 من القانون 31.96: "يجب أن يبرم في شأن العمليات المبينة في المادة الأولى أعلاه والداخلية في إطار خدمة ذات سعر إجمالي، عقد تقدم قبل توقيعه معلومات مفصلة حول مضمون الخدمات المقترحة وأسعارها وكيفية التسديد وشروط إبطال العقد، وكذا الشروط المتعلقة بعبور الحدود".

² - منى أبو بكر الصديق، م. س، ص 136.

- خط سير الرحلة.
 - الإجراءات الإدارية والصحية الواجب اتخاذها خصوصا في حالة عبور الحدود.
 - الزيارات والرحلات وغيرها من الخدمات التي يتضمنها العقد أو التي تكون متاحة بتكلفة إضافية.
 - الحد الأدنى والأقصى للعدد المحدد للأشخاص اللازم لقيام الرحلة أو الإقامة، وفي حالة إلغاء السفر ينبغي إعلام المستهلكين في موعد لا يقل عن 21 يوما قبل المغادرة.
 - مقدار أو نسبة مئوية من الثمن الذي يتعين دفعه كتأمين عند إبرام العقد والجدول الزمني للسداد.
 - شروط إلغاء العقد.
 - الأخطار التي يغطيها التأمين.
 - معلومات عن إبرام عقد تأمين اختياري يغطي الآثار المترتبة على إلغاء العقد في حالات معينة أو بعض المخاطر الأخرى المحددة، بما في ذلك تكاليف العودة في حلة وقوع حادث أو مرض.
 - عندما يشتمل العقد على توفير خدمة النقل الجوي، يلزم بيان كل محطة.
- أما على المستوى الأوروبي، فالتوجيه الأوروبي رقم 90-314 الصادر في 13 يونيو 1990 المتعلق بالسفر والجولات والسياحة الجماعية¹، تضمنت المادة 3 منه، النص على الالتزام بالإعلام تجاه المستهلك أو العميل في عقد الرحلة، إذ أكدت على أن جميع المعلومات كالأسعار وباقي الشروط وغيرها، التي يقدمها منظم الرحلة يجب ألا تكون مضللة. كما أوجبت تضمين المعلومات اللازمة في كتيب يتاح للمستهلك في صورة واضحة وسهلة القراءة ويحتوي على معلومات كافية بخصوص:
- المقصد ووسائل النقل وخصائصها وفئتها.
 - نوع السكن وموقعه ومستوى الراحة والتصنيف السياحي وفقا لتنظيم الدولة المضيفة.
 - وجبات الطعام المقدمة.

¹ - Directive du conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait. (90/314/CEE), Journal officiel de l'Union européenne, L 158/59.

- خط سير الرحلة.
- معلومات عن جوازات السفر والتأشيرات، وكذا الإجراءات الصحية اللازمة للسفر والإقامة.
- مبلغ أو نسبة مئوية من الثمن الذي يتعين دفعه كتأمين.
- إذا كان قيام الرحلة يتطلب حدا أدنى من عدد الأشخاص، لزم إعلان الموعد النهائي لإعلام المستهلكين في حالة الإلغاء.

كما يلتزم المحامي أو الطبيب مثلاً، بالإعلام بكل ما لديه من معلومات متعلقة بالسلعة أو الخدمة وإعطاء فكرة صحيحة عن حالته، أي الشيء أو الخدمة ويؤثر سلباً أو إيجاباً.

فقد ألزم القانون الجديد المتعلق بمزاولة مهنة الطب "كل طبيب، كيفما كان القطاع الذي ينتمي إليه وشكل ممارسته للمهنة، أن يحترم حق المريض، أو عند الاقتضاء نائبه الشرعي أو ممثله القانوني، في الحصول على المعلومة المتعلقة بتشخيص مرضه والعلاجات الممكنة، وكذا العلاج الموصوف وآثاره المحتملة والمتوقعة والنتائج المترتبة عن رفض العلاج، على أن تدون المعلومات السالف ذكرها في الملف الطبي للمريض، الذي يمكن لهذا الأخير أو لنائبه الشرعي أو لممثله القانوني، أو لذوي الحقوق إذا توفي، الحصول على نسخة منه"¹. ويتم تنفيذ هذا الالتزام دائماً عن طريق إخبار المريض وتبصيره بجميع الوسائل الممكنة والموصلة إلى فهمه وإدراكه حسب سنه ومستوى معارفه. وفضلاً عن ذلك يتعين تدوين جميع هذه المعلومات في ملفه الطبي وتمكينه منه عند الاقتضاء².

وتطبيقاً لهذا المبدأ، فقد جاء حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 5 مارس 1974 مؤكداً على مسؤولية الطبيب الذي أجرى عملية ولادة لسيدة تعسرت حالتها عدة أيام دون إخبارها بالآثار الجانبية للعملية القيصرية والتي كان من شأنها إعاقته عن الإنجاب مرة أخرى³.

¹ - المادة 2 من القانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب. ج. ر عدد 6342 بتاريخ 21 جمادى الأولى 1436 (12 مارس 2015)، ص 1607.

² - أحمد ادريوش، م. س، ص 90.

³ - Cass. Civ, 5 mars 1974, Bull. civ, p. 63.

والأمر لا يتخلف بالنسبة للمنتج أو الموزع حينما تكون السلعة محل التعاقد خطرة في ذاتها، فكلاهما ملزم بالإفضاء إلى المستهلك بخطورة الشيء وبالطريقة التي يجب استخدامه بها لتفادي هذه الأخطار. لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية المنتج والبائع عن الإخلال بالالتزام بإعلام المستهلك عن خطورة الشيء المبيع وكيفية تفاديها في حالات كثيرة، ويتبين من الأحكام الحديثة في القضاء الفرنسي أن هذا القضاء قد اعترف باستقلالية الالتزام بالإعلام عن الوسائل الأخرى المخصصة لحماية المتعاقدين كالالتزام بضمان السلامة وضمان العيوب الخفية وغيرها¹.

خامسا: الإعلام بالتجديد الضمني

هو التزام تؤطره المادة 7 من القانون 31.08، التي جاءت لتفرض على المهني التزاما بتذكير المستهلك بالإمكانية المتوفرة لديه بعدم تجديد العقد، وذلك في عقود الاشتراك محددة المدة، كما هو الحال مثلا في عقود الاشتراك في الهاتف المحمول أو الاشتراك في الأنترنت أو في التأمين وغيرها، وهو ما يعني إمكانية المستهلك لإنهاء عقد قد لا يبقى ساريا لمصلحته أو لا يتماشى مع تطلعاته في حالة تجديده. ولذلك ألزمت المادة 7 المهني بتذكير المستهلك بالأجل المحدد لكي يعبر عن رغبته في عدم تجديده، وأن يكون هذا التذكير شهرا على الأقل قبل بداية هذا الأجل. حيث نصت على أنه:

"فيما يخص عقود الاشتراك محددة المدة، يجب على المورد أن يذكر المستهلك كتابة بأية وسيلة تثبت التوصل:

...أو في حالة التجديد الضمني للعقد، بالأجل الذي يجوز للمستهلك خلاله أن يمارس حقه في عدم تمديده شهرا على الأقل قبل بداية الأجل المذكور".

ويظهر من خلال هذه المادة، أن تطبيق هذا الالتزام بالإعلام، يفرض أن يكون العقد قد حدد بدقة التاريخ الذي يمكن خلاله للمستهلك أن يعبر عن رغبته في عدم استمرار العلاقة التعاقدية بعد انتهاء المدة الأصلية²، ولذلك فهي تلزم المهني بتذكير المستهلك بهذا التاريخ قبل

¹ - Cass. Civ, 28 mars 1968, Bull. civ, 1968, p. 88.

² - وإلا اعتبر بندا تعسفيا حسب البند 9 من المادة 18 ق. ح. م.

بدايته بشهر على الأقل بواسطة أي وسيلة تثبت التوصل، وقول المشرع "على الأقل" يعني أنه يمكن أن يكون هذا التذكير قبل ذلك. ومع ذلك لا يجب أن يكون بمدة بعيدة بشكل كبير عن الأجل المحدد حتى لا يفقد هذا التذكير راهنتيه وجدواه¹.

أما إذا كان هذا التذكير بعد ذلك ولو بيوم واحد، فإنه يعتبر كعدمه، وهو ما يعني أننا نكون أمام احتمالين:

○ إما أن يتم احترام هذا الالتزام بالإعلام وبالتالي يكون على المستهلك أن يتخذ قرارا:

1- فهو قد يلتزم الصمت، مما يؤدي مبدئيا إلى استمرار العقد طبقا لما جاء في العقد الأصلي².

2 – يمكن للمستهلك أيضا في إطار الأجل المحدد في العقد، أن يعبر صراحة عن رغبته في عدم التجديد، أي في عدم الاستمرار في العلاقة التعاقدية بعد انتهاء الفترة الأصلية. ولكن كيف يمكنه القيام بذلك؟

الملاحظ أن المادة 7 التي وضعت للسماح للمستهلك بممارسة حقه في عدم التجديد في عقود الاشتراك محددة المدة، لم تحدد كيفية قيامه بذلك. بداية لا بد أن نشير إلى أن ممارسة الحق في عدم تجديد العقد بعد انتهاء مدته الأصلية، تكتسي طابعا تقديريا ومجانيا، بمعنى أنه يمكن للمستهلك أن يمارسه دون أن يقدم أي تبرير على ذلك أو أن يدفع أية غرامات. وبالتالي فإن أي شرط يربط ممارسة هذا الحق بأداء أي مقابل يعتبر غير مشروع، اللهم إذا كانت هناك متأخرات عن الخدمات السابقة لا زالت في ذمة المستهلك المشترك.

ومن حيث الشكل وأمام سكوت النص، فإن عدم التجديد يجب أن يكون بأي وسيلة يراها المستهلك مناسبة، إلا أنه ولا اعتبارات تتعلق بالإثبات، فيكون من الأفضل أن يقوم المستهلك الذي يرغب في استعادة حريته بكل أمان ببعث رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل إلى

¹ - للمزيد حول أهمية الزمن في عقود الاستهلاك، انظر: سكيبة نصور، الزمن في قانون الاستهلاك، دراسة مركزة على قانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، 2021.

² - هنا نتفق مع الأستاذ أبو بكر مهم، أنه استثناء ولما كان العقد المحدد هو بمثابة عقد جديد، عندما يتعلق الأمر بعقود الاشتراك محددة المدة المبرمة عن بعد، فإن المستهلك يحتفظ بحقه في الرجوع الذي منحه إياه الباب الثاني من القانون 31.08. انظر مؤلفه: حماية المستهلك المتعاقد، م. س، ص 79.

المهني. هذا بالنسبة للفرضية الأولى، التي يحترم فيها المهني الالتزام بإعلام المستهلك بحقه في عدم تجديد العقد.

○ أما فيما يخص الفرضية الثانية، التي لا يحترم فيها المهني الالتزام بالإعلام، أي أنه لم يتم بتذكير المستهلك بإمكانيته في عدم تجديد العقد، أو قام بذلك خارج الأجل المحدد في المادة 7، فإن الفقرة الأخيرة من هذه المادة تعطي للمستهلك إمكانية التحرر من العقد، حيث جاء فيها أنه "في حالة وجود شرط التجديد الضمني، وعند عدم تذكير المستهلك بهذه المعلومة وفقاً للبند 2 من الفقرة الأولى أعلاه، يمكن له أ، ينهي العقد في أي وقت وحين ابتداء من تاريخ التجديد دون تبرير ذلك أو دفع غرامات".

فعبارة "في أي وقت وحين" التي استعملها المشرع هنا تعني بالخصوص أن المستهلك لا يكون ملزماً لإنهاء العقد المجدد باحترام أي إشعار سابق حتى ولو كان منصوباً عليه في العقد. فالأمر يتعلق هنا بسلطة تقديرية مطلقة للمستهلك. وعموماً يظهر أن المشرع المغربي حاول، من خلال طبيعته قواعد الأمانة، فرض هذا الالتزام بالإعلام على عاتق المهني لفائدة المستهلك ليضمن نوعاً من الشفافية والمساواة في إطار هذه العلاقة التي غالباً ما يفاجأ فيها الطرف الضعيف بعد إبرام العقد بمجموعة من المعلومات التي لم يكن على علم بها، مما يؤدي إلى إحساسه بأنه كان ضحية غياب الشفافية في هذه العملية التعاقدية، لذلك فإن الحرص على خلق علاقة تعاقدية متوازنة يمر بالضرورة عبر تحسين وضعية المستهلك من خلال تزويده بكل المعلومات الضرورية التي من شأنها أن تجعله يتعاقد وهو على بينة من أمره¹.

1 - أبو بكر مهم، م. س، ص 78.

المطلب الرابع: شروط قيام الالتزام بالإعلام

تتحدد شروط قيام هذا الالتزام إجمالاً، عندما يكون بصدد عقد يتضح فيه وجود اختلال في المراكز العقدية بين طرفيه، فيما يتعلق بالمعلومات الواجب توافرها قبل وأثناء التعاقد، بصورة أدت إلى وجود عدم تكافؤ بينهما في مستوى العلم والمعرفة بالعناصر الجوهرية المتعلقة بهذا العقد. فهو عدم تكافؤ تتحقق فيه حيازة أحد الطرفين المقبلين على التعاقد لمعلومات هامة يجهلها الطرف الآخر، رغم أنها ذات تأثير كبير على رضائه. ويدل ذلك بمفهوم المخالفة، على أنه إذا لم يكن هناك اختلال على مستوى العلم والمعرفة بين الأطراف المقبلة على التعاقد، فليس هناك حاجة ملحة لتقرير الالتزام بالإعلام في هذه الحالة.

وتطبيق لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن البائع لمنتج من المنتجات التي تحمل اسماً خاصاً بها، لا يكون ملزماً بأن يرفق طريقة الاستعمال في مواجهة شخص المشتري، الذي يجب عليه بحكم صفته المهنية أن يعرف جيداً صيغة هذا الاستعمال إذا كان بوسعه أو بإمكانه الاستعلام عنها¹.

يتضح مما سبق أن هذا الالتزام يجد شرطيه اللازمين لقيامه في جهل الدائن بالمعلومات والبيانات العقدية اللازمة لإبرام العقد (الفقرة الأولى)، إضافة إلى علم المدين بهذه المعلومات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: جهل المتعاقد الدائن بالمعلومات الضرورية لتنوير رضاه

من الأهمية بمكان عملاً على استقرار المعاملات، وحتى لا يكون تقرير مثل هذا الالتزام دعوة إلى تخاذل الدائن في الحصول على المعلومات المؤثرة والأساسية فيما يتعلق بالعقد المراد إبرامه، أن يكون هناك ما يحول دون إلمام الدائن بتلك المعلومات، حتى يعتد به كشرط لقيام هذا الالتزام، وهو ما يعبر عنه بأنه يجب أن يكون هذا الجهل مشروعاً.

¹ - Cass. Civ, 8 janvier 1973, Bull. civ, IV-n° 16.

وتتنوع أسباب استحالة علم الطرف المقبل على التعاقد بالبيانات والمعلومات لإبرام العقد إلى أسباب مرتبطة بالشئ وهو ما يسمى بالاستحالة الموضوعية أولاً وأسباب تتعلق بالشخص الدائن بهذا الالتزام وهي ما يعرف بالاستحالة الشخصية (ثانياً).

أولاً: الاستحالة الموضوعية

يقصد بها استحالة العلم بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالشئ محل العقد المراد إبرامه سواء كانت هذه المعلومات والبيانات بوضع الشئ المادي أو القانوني أو بطرق استخدامه.

ويعد من أهم أسباب تحقق هذا النوع من الاستحالة، والتطبيق على عقد البيع، هو حيازة المنتج أو البائع للشئ محل العقد، بصورة لا تمكن المستهلك من معرفة خصائصه وأوصافه الأساسية على نحو يعينه في صنع قرار التعاقد، فغالبا ما يتم فحص محل العقد بصورة سطحية، وبالتالي يتحقق الإخلال بمبدأ المساواة في العلم والمعرفة بين طرفي العقد المزمع إبرامه، إلا أنه يثور التساؤل حول الفرض الذي يكون فيه محل العقد في حيازة المشتري فترة كافية قبل إبرام العقد لأي سبب من الأسباب، حيث يتوافر له في هذه الحالة إمكانية العلم بخصائص وأوصاف الشئ المعروض للبيع، علما نافيا للجهالة، ومن ثم يتخلف هذا الشرط الذي نحن بصدد، وبالتالي لا يكون هناك حاجة ماسة لقيام الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد في هذه الحالة، وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى هذا الرأي حين قضى بعدم قيام هذا الإلتزام بسبب إمكانية علم المقبل على التعاقد بالمعلومات المطلوبة، في ضوء عدم وجود عائق مادي يحول دون علمه بها¹.

وفي هذا الصدد، أتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقه² بأن هذا الرأي يستقيم بالنسبة للأوصاف المادية للشئ، لكن ليس بخصوص للمعلومات المتعلقة بالوضع القانوني للشئ، حيث ذهب اتجاه إلى أن الواقع العملي يكشف عن الكثير من الحالات التي يقوم فيها المتعاقدون بإخفاء سابقة وجود حقوق عينية أو شخصية تثقل محال العقود التي يتم إبرامها، حيث تتوافر

¹ - Cass. Civ, 24 Oct. 1972, Bull. civ, n° 122.p. 1910.

² - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 240.

حينئذ مقومات الجهالة المشار إليها بالنسبة لها. كما لا يصح من الناحية العملية امتداد افتراض علم الدائن بالمعلومات المتعلقة بالوضع القانوني للشئ محل العقد إلى سابقة حيازته العرضية¹.

ثانياً: الاستحالة الشخصية

هي استحالة العلم بالبيانات محل الالتزام قبل التعاقد بالاعلام لأسباب تتعلق بشخص الدائن الذي ينشأ له حينئذ حق يقابله التزام الطرف الآخر بإمداده بتلك البيانات قبل او اثناء إبرام العقد.

وتجد الاستحالة الشخصية خير تطبيق لها عندما يكون المقبل على التعاقد عديم الدراية أو قليل الخبرة بموضوع المعاملة على الحد الذي لا يمكنه من الإحاطة بهذه المعلومات أو استيعاب مضمونها بمفرده، حيث ينطبق عليه حينئذ وصف غير المهني أو غير المحترف فيما يتعلق بمجال المعاملة، وهو ما يتطابق تماماً مع ظروف المستهلك. إلا أن هناك تساؤل يفرض نفسه في هذا المقام حول ماهية المعيار الذي يجب أن يقاس به مدى الاعتداد بالأسباب الشخصية لاستحالة علم الدائن بالمعلومات والبيانات اللازم توافرها، توطئة لإبرام العقد كشرط لقيام الالتزام قبل التعاقد بالاعلام؟

يتجاذب هذه المسألة اتجاهان: يذهب أولهما إلى وجوب الأخذ بمعيار ذاتي أو شخصي يتم فيه مراعاة ظروف وأحوال المقبل على التعاقد، من حيث مدى قدرته أو كفاءته في الحصول على المعلومة اللازمة لإبرام العقد، بينما يذهب الاتجاه الآخر إلى أهمية الاستناد إلى معيار موضوعي يتم فيه تقدير هذه الأسباب وفقاً لمعيار الرجل المعتاد في ضوء اعتبارات ومعايير مجردة. وتتجلى أهمية التمييز بين هذين الاتجاهين في مجال عبء الإثبات، حيث إنه بمقتضى الأخذ بالمعيار الذاتي، يكون عبء إثبات الظروف والملابسات التي تمثل قوام هذا المعيار على الدائن، بينما يقع عبء إثبات علم الدائن بالبيانات العقدية اللازمة وفق المعيار الموضوعي على المدين².

¹ - Cass. Civ, 3è, 24 oct., 1972, Bull. civ, n° 543, p. 396.

² - نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، وتطبيقاته على بعض العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، م. س، ص 153.

ويقصد بالمعيار الذاتي في تقدير أسباب الاستحالة الشخصية للعلم بالمعلومات والبيانات العقدية كشرط لقيام الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، ذلك العيار الذي بحسبه يكون تقدير الظروف الشخصية للطرف المقبل على التعاقد، فيما يتعلق بخبرته وكفاءته ودرايته في مجال المعاملة. إلا أنه رغم أهمية هذا المعيار في تحقيق قدر كاف من المعرفة التي تنير إرادته وتصح رضائه، فإنه من ناحية أخرى قد يؤدي الأخذ به على إطلاقه إلى تخاذل الأفراد المقبلين على التعاقد، خاصة ذوي الخبرات البسيطة منهم، عن السعي لاكتساب القدر اللازم من المعرفة قبل التعاقد. ولذلك تم الالتجاء إلى المعيار الموضوعي المعتمد على البحث عن الأسباب الموضوعية المجردة لتقدير مدى قيام المتعاقد الدائن بدوره في تنفيذ التزامه بالاستعلام، رغبة في معالجة الآثار التي قد تترتب عن الأخذ بالمعيار الذاتي. إلا أن ذلك قد يؤدي من ناحية أخرى إلى احتمال الإضرار بالطرف الآخر، وهو الدائن بهذا الالتزام، والذي قد تمنعه ظروفه الخاصة أو أسبابه الشخصية من الاستعلام، وفي هذا إحفاف بحقه في المعرفة والعلم اللازمين لتتوير رضائه عند الإقبال على التعاقد.

لذلك وحرصا على استقرار المعاملات، وتحقيقا لحماية المستهلكين من خلال ضمان شفافية تعاقداتهم من جانب آخر، نؤيد معيارا مزدوجا يجمع بين الذاتية والموضوعية، أي الاعتداد بكفاءة ودراية هذا المتعاقد في ضوء كافة الظروف والملابسات الحيطه بموضوع المعاملة، مع العمل على تغليب المعيار الذاتي، خاصة في ظل التقدم التكنولوجي¹ الذي يصاحب إنتاج العديد من السلع أو تقديم الخدمات التي أصبحت أكثر تعقيدا.

1 - فالقضاء الفرنسي مثلا، لم يكن متحمسا لهذه الحماية إلى حدود 1980، ذلك أنه لم يكن يضع مستهلك الخدمات المعلوماتية في نفس مرتبة المستهلك العادي لأن جهله للمعلومات الضرورية في هذا المجال يعتبر تقصيرا منه في طلب المساعدة من جهة مختصة، وبالتالي فإنه يحق للمحكمة إما الحكم بتشطير المسؤولية بين المهني والمستهلك أو إعفاء المدين بالإعلام من كل التزام.

غير أنه في المرحلة اللاحقة، فإن القضاء الفرنسي أصبح أكثر تشددا تجاه المورد بهدف حماية الزبون الجاهل لبيانات الضرورية لتتوير رضائه، ويسري هذا الأمر حتى لو كان المتعاقد الدائن بالالتزام بالإعلام مهنيا.

- للمزيد حول هذه النقطة، انظر: العربي محمد مباد، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي، م. س، ص 254.

الفقرة الثانية: احتكار المهني للمعلومات الضرورية لتنوير المستهلك

لا يكفي لقيام الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، جهل المستقبل على التعاقد بالمعلومات والبيانات العقدية المؤثرة على رضائه عند إبرام العقد، بل يجب إثبات علم المدين بهذا النوع من المعلومات، وبمدى تأثيرها على رضا الدائن، حتى يمكن القول بمسؤوليته عند عدم قيامه بتنفيذ هذا الالتزام.

فمن مقتضى تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، أن يتم إلقاء واجب الإعلام هذا على عاتق مقدم السلعة أو الخدمة ومن في حكمه، بوصفه حائزا لها وخبيرا بها حيث يتحقق له العديد من سبل العلم والمعرفة ما تؤدي إلى توافر قدر كبير لديه من المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، ينبغي الإدلاء بها للطرف الآخر الذي يجهل مثل هذه المعطيات، وذلك عملا على تنوير إرادته وتصحيح رضائه عند التعاقد. لكن تجدر الإشارة إلى أن حيازة الشيء محل التعاقد ليست دائما هي المعيار الصحيح لتحديد شخص المدين في الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، وإنما في حيازة أحد الطرفين لمعلومات هامة وجوهرية ذات تأثير على الطرف الآخر، بحيث إنه متى تحقق هذا العلم في جانب أحد الطرفين، توافرت له صفة المدين في هذا الالتزام.

وقد أثبتت أمام القضاء الفرنسي¹، دعوى كان من شأنها إلقاء المزيد من الضوء على أحد الجوانب الهامة والحيوية للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، خاصة فيما يتعلق بشخص المدين في هذا الالتزام، وتتلخص وقائعها في قيام المتحف الوطني بشراء لوحة من عمل فنان مشهور، كانت قد قامت بعرضها للبيع في مزاد علني إحدى المدارس معتقدة على خلاف الحقيقة أنها نسخة مقلدة من اللوحة الأصلية لهذا الفنان، وقد أقامت المدرسة فيما بعد وعند اكتشاف أنها اللوحة الأصلية دعوى لإبطال العقد للغلط، حيث قضى بالبطلان تأسيسا على المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي. وقد أشارت حيثيات الحكم إلى أنه خلال هذه الدعوى تحقق مبدأ عدم المساواة في العلم والمعرفة بين المتعاقدين، نتيجة لانخفاض المستوى الفني للبائع وهي المدرسة بالمقارنة بخبرة ودراية المشتري (المتحف الوطني) الذي كان واجبا عليه في مثل هذه الحالة

¹ - Paris, 13 déc. 1972, D. S. 1976, p.325.

وفي ضوء خبرته في هذا المجال، أن يلفت انتباه المدرسة إلى المعلومات الجوهرية المتعلقة باللوحة المباعة والتي يكون لها تأثير بالغ على العقد.

المطلب الخامس: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام

ما يمكن التأكيد عليه هو أن المشرع المغربي لم يقر بالالتزام بالإعلام كنظرية عامة شأنه في ذلك شأن مجموعة من التشريعات المقارنة، مثل فرنسا ومصر والجزائر وغيرها، مما يجعل من الصعب إقرار جزاء عن الإخلال بهذا الالتزام في عقود الاستهلاك بصفة عامة. ولا يعني هذا أن هنالك فراغا تشريعيا في المجال، بل توجد مؤيدات قانونية متفرقة وقابلة للتطبيق، منها خاصة ما ولرد في القانون 31.08 السالف الذكر، تلقفها الفقه والقضاء في محاولة لحماية الطرف الضعيف في العقد من خلال محاولة ضمان القدر الكافي من الشفافية، سواء باعتماد المؤسسات القانونية التقليدية أو بمحاولة ابتكار مؤيدات عصرية قد تفيد المشرع في تأسيس نظرية مستقلة¹.

وعليه، سيكون مفيدا التطرق لجزاء الإخلال بالإعلام في القواعد العامة (الفقرة الأولى) ثم محاولة تأسيس نظرية للإخلال بالالتزام بالإعلام (الفقرة الثانية) ثم التعويض (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام في إطار القواعد العامة

الالتزام بالإعلام محل البحث هو التزام قبل تعاقدى يتعلق بتتوير المستهلك حتى يقدم على التعاقد عالما بظروف التعاقد وخصائص الشيء أو الخدمة محل العقد، لذلك فإن الإخلال بهذا الالتزام يؤثر على رضاه بما يؤدي إلى تعيب الإرادة.

فبطان التصرف القانوني لا يترتب إلا نتيجة مخالفة النصوص والقواعد القانونية، التي تستوجب شروطا محددة، بحيث يبطل التصرف عند تخلفها. وبتطبيق ذلك على أحكام الالتزام بالإعلام، نجد أنه بوصفه التزاما من خلق القضاء، ولا يوجد نص خاص يتعلق بالجزاء المترتب عنه، فإن المحاكم تلجأ، من أجل تعليل أحكامها، إلى المبادئ التقليدية المستقرة، فضلا عن

1 - العربي محمد مباد، مرجع سابق، ص 258.

بحثها عن أبعاد أخرى للنصوص القانونية المتعلقة بالرضا بوجه عام. حيث يرى بعض الفقه¹ أنه يمكن اعتماد نظرية عيوب الرضا كوسيلة ناجعة لترتيب الإبطال كعقوبة على نكول المهني بالوفاء بالالتزام بالإعلام، إلى جانب المسؤولية المدنية.

وهكذا، ففي مجال عيوب الرضا يمكن اعتماد الفصل 40 من ق. ل. ع الذي ينص على أن **الغلط** يخول إبطال الالتزام إذا كان هو السبب الوحيد أو الأساسي، والفصل 41 الذي جعل من الغلط في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه سببا للإبطال إذا كانت هي السبب الدافع إلى الرضى. فاحتمال وقوع المستهلك في عيب الغلط يتناسب عكسيا مع أداء المدين لهذا الالتزام أداء كاملا وموضوعيا. فقد عمد المشرع إلى تضيق دائرة الطعن بالبطلان في العقد بسبب الغلط، من خلال وضع شروط محددة يستلزم توافرها لقيامه، عملا على إيجاد قدر من التوازن بين حماية الإرادة المعيبة وبين المحافظة على مبدأ استقرار المعاملات². ولذلك يجب على المستهلك لكي يتسنى له طلب إبطال العقد، أن يثبت جوهرية المعلومات التي وقع الغلط بشأنها، إضافة إلى إثبات اتصال الغلط بالمهني.

وتطبيقا لذلك، رفضت محكمة النقض الفرنسية إبطال عقد شراء سيارة بسبب غلط المشتري في سعة المحرك، طالما أن استخدامه للسيارة لن يتأثر بذلك، وذلك تأسيسا على عدم جوهرية الغلط في هذه الحالة، وهو الأمر الذي قد يصعب على المستهلك إثباته، إذ أن إثبات جوهرية هذا الغلط، وأنه دافع إلى التعاقد، هو أمر نفسي محض يصعب إثباته بدلائل خارجية ملموسة³. وكذلك شرط اتصال الغلط بالمهني، ففي حالات كثيرة قد يصعب على المستهلك لإثبات علم الطرف الآخر بالغلط، أو أنه كان من السهل عليه أن يتبينه.

ويرى بعض الفقه⁴، أنه بالرغم من أن الشروط القانونية تقيد من استخدام الغلط التعاقدي في إبطال العقد، فإن وجود الالتزام بالإعلام يسهل كثيرا المطالبة بالبطلان استنادا إلى الغلط،

¹ - بوعبيد عباسي، م. س، ص 354.

- خديجة الشباني، المسؤولية كجزاء على الإخلال بالالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، مؤلف جماعي: "حماية المستهلك بين النصوص القانونية والعمل القضائي"، م. س، ص 83.

² - وهي وسيلة محدودة النتائج لكونها تفرض شروطا وقيودا على لجوء المستهلك لاعتمادها.

³ - Cass. Civ, 3 oct. 1979, D, 1980.j.28.

⁴ - عبد المنعم موسى إبراهيم، م. س، ص 381.

ذلك أن وجود الالتزام بالإعلام يعتبر قرينة لا تقبل إثبات العكس في إثبات اتصال الغلط بالمتعاقد مع المستهلك. كذلك فإن وجود الالتزام بالإعلام في حد ذاته يعتبر قرينة على أن الغلط كان جوهرياً لأن العلم بالبيانات محل الالتزام بالإعلام كان من شأنه أن يحجب المستهلك عن إبرام العقد.

ونحن نعتقد أن استقلالية الالتزام بالإعلام تقتضي أن يتبنى المشرع حق المستهلك في المطالبة بإبطال عقد الاستهلاك لمجرد هذا الإخلال، وبدون حاجة إلى الاستناد إلى النظريات التقليدية في الغلط والتي تقيد حق المستهلك في طلب الإبطال. وكذلك الفصل 52 من ق. ل. ع¹ يمكن أن يتخذ كسند قانوني للمطالبة بإبطال الالتزام، فالتدليس هو استعمال الحيلة لإيقاع شخص في الغلط وحمله على التعاقد. وبناء على هذا النص، فالمحكمة لا يمكنها التصريح بالإبطال إلا أثبت المدعي تحقق شرطين اثنين:

1- استعمال الكذب أو الكتمان Réticence أو ما يسمى بالتدليس السلبي dol négatif.

2- وجود نية التضليل.

ويتفق الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر على أن الإخلال بالإدلاء بالمعلومات والبيانات هو أحد حالات الكتمان التدليس المكون للعنصر المادي في التدليس المؤدي لبطلان العقد²، لكن يبقى على أي حال على المستهلك أن يثبت نية التضليل لدى المنتج أو الموزع الذي تعاقد معه. وهو أمر قد تعثر به صعوبات. ويدل على ذلك إجماع الفقه المصري³ على اعتبار الكتمان تدليساً، متى كان هذا المتعاقد ملتزماً في مواجهة المتعاقد الآخر بالإعلام قبل التعاقد،

- حسن عبد الباسط جميعي، إعلام المستهلك، توجيه إرادة المستهلك نحو الاختيار الواعي، مركز الدراسات القانونية والفنية لنظم الاستهلاك وحماية المستهلك بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 15.

¹ - الفصل 52 ق. ل. ع: "التدليس يخول الإبطال، إذا كان ما لجأ إليه، من الحيل والكتمان، أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه، قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر. يكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالماً به".

² - Paris, 13 nov. 1962, J.C.P. 1963, II, 13154, Dalloz et Sirey 1971, juris, p. 718.

- كذلك قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد 2 بتاريخ 9 يناير 1976 في الملف المدني عدد 231820، منشور بقضاء المجلس الأعلى في التأمين خلال أربعين سنة، ط 1999 من إعداد عبد العزيز توفيق ومحمد افركوس، المكتبة القانونية 9، ص 134.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 624.

أيا كان مصدر هذا الالتزام، سواء نص القانون أو اتفاق الطرفين، أو استنادا لفكرة الثقة التي ينبغي أن تسود المعاملات بين الأفراد. وكذلك القضاء، ففي قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض) المغربي قضى بأنه "لابد من إثبات عنصر سوء النية في التصريح الكاذب أو الكتمان عند إبرام عقد التأمين، وإلا اعتبر التأمين صحيحا".

لكن من الفقه¹ أن من شأن وجود الالتزام بالإعلام تيسير إثبات توافر شرطي الكتمان والتضليل، حيث أن هاذين الأخيرين يتخذان مظهرا ماديا يسهل فيه الإثبات ويعوض ضيق نظرية عيوب الإرادة، إذ يكفي قيام المستهلك بإثبات شروط قيام الالتزام بالإعلام وأن المتعاقد الآخر لم يقم بتنفيذ هذا الالتزام تنفيذا صحيحا وكاملا، مع افتراض علم المدين بهذا الالتزام بالبيانات المطلوبة، وبتأثير كتمانها على تعيب رضا الطرف الآخر، وهو الأمر الذي يغني عن إثبات توافر شرطي أعمال البطلان للتدليس. كما يمكن إبطال عقد البيع في ضوء المادة 486 من ق. ل. ع التي تستلزم إعلام المشتري علما كافيا نافيا للجهالة بالمبيع وأوصافه الأساسية. فالإخلال بالالتزام بإعلام المشتري المستهلك في عقد البيع، يمكن أن يؤدي إلى انطباق نص المادة المذكورة على حالة المستهلك، فإذا لم يعلم هذا الأخير علما كافيا بالمبيع من أي طريق آخر، فإن الجزاء المترتب على عدم علمه سيكون البطلان النسبي لعقد البيع.

ويؤدي أعمال المادة 486 ق. ل. ع² إلى تسهيل مهمة المستهلك في المطالبة بإبطال عقد البيع، ذلك أنه بعكس نظرية الغلط لا يشترط في هذه الحالة إلا عدم علم المشتري بالمبيع والذي يسهل من إثباته وجود الالتزام بالإعلام في حد ذاته، باعتباره قرينة على استحالة علم المستهلك بالبيانات محل هذا الالتزام. والتساؤل الذي يفرض نفسه هنا، متى يتم التأسيس لنظرية عامة للإخلال بالالتزام بالإعلام؟

1 - نزيه محمد الصادق المهدي، م. س، ص 267.

2 - المادة 486 ق. ل. ع: "يسوغ أن يرد البيع على شيء غير محدد إلا بنوعه، ولكن البيع لا يصح، في هذه الحالة، إلا إذا ورد على أشياء مثالية محددة تحديدا كافيا، بالنسبة إلى العدد والكمية والوزن أو القياس والصنف، على نحو يجئ معه رضى المتعاقدين على بيئة وتبصر".

الفقرة الثانية: إرساء نظرية خاصة بالإخلال بالالتزام بالإعلام

قد لا يكفي إبطال العقد لتعويض المستهلك عما أصابه من ضرر نتيجة إخلال المنتج أو موزع السلعة أو الخدمة بالتزامه بالإعلام قبل التعاقد¹، خاصة عندما يكون الكتمان جزئياً أو أن المعلومات المقدمة من طرف الدائن بالالتزام ناقصة أو منقولة من طرف هذا الأخير بحسن نية. وفي هذا الإطار يتعين التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى، أن تكون البيانات المصرح بها في مصلحة الدائن بالالتزام ولها تأثير على رضاه، فليس من العدل التمسك بإبطال العقد استناداً إلى الرأي الراجح لدى الفقه مفاده إمضاء العقد خير من إهماله. وفي هذا المنحى، لا يحق للمدين التحلل من الالتزامات المترتبة عن العقد، بالاعتماد على أن رضى الدائن لم يكن مبنيًا على إعلام وتنوير.

أما في حالة العكس وهي الحالة الثانية، حيث تكون البيانات الواجب الإعلام بها في غير صالح الدائن، كما لو كانت تؤدي إلى تشديد الالتزامات أو تؤثر على حقوقه، حق للمدين التمسك بعيب إرادته بسبب نكول المورد عن التزامه. وفي هذا المعنى، يكون الالتزام بالإعلام من الشروط الشكلية للعقد وله قوة ملزمة، مما يفيد ضرورة إرغام كل مورد أدلى بمعلومات مغلوطة أن يبادر بالتصريح ببيانات صحيحة تحت طائلة المسؤولية المدنية.

ولقيام هذه المسؤولية لابد من تحقق شرطين:

1 - منح ضمانات قانونية للدائن تجعل الإعلام يدخل في إطار الدائرة التعاقدية إذا كان العقد في مرحلة التنفيذ، أما إذا كان في المراحل التمهيديّة، فإن النكول عن الإدلاء بالبيانات الواجبة يجعل المسؤولية التقصيرية قائمة.

2 - توفير الوسائل القانونية للمدين بالإعلام تخوله الحصول على كل المعلومات الضرورية عن المنتج لتفادي المساءلة، وخاصة إذا كان موزعاً، وإلا انتقلت المسؤولية إلى

¹ - Fabre- Magnan, op. cit, p. 639.

المحتفظ بأسرار السلعة، ولا مجال للتمسك بالسرية المهنية إلا في الحدود التي تضمن المنافسة الحرة والشفافة¹.

وقد احتدم الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية لمسؤولية المدين بهذا الالتزام²، ويفيد التعرض لهذا الإخلال في تحديد شروط المسؤولية ونطاق التعويض الذي يتمكن المستهلك من الحصول عليه في حالة حدوث ضرر له جراء مخالفة الالتزام، وعليه نميز بين اتجاهين:

أولاً: الطبيعة العقدية للمسؤولية

الملاحظ أن بعض الفقه³ لم يميز بين الالتزام بالإعلام المؤثر على الرضا، أو ما يصطلح عليه بالالتزام قبل التعاقد، والالتزام بالإعلام المؤثر على تنفيذ العقد، حيث تجاهل الخلاف الفقهي بشأن طبيعة المسؤولية المترتبة على الإخلال بالالتزامين معاً، والحقيقة أن الخلاف بين الفقه قائم بشدة وإن ظل مقتصرًا على الحالة التي يتم فيها الإخلال بالالتزام بالإعلام الذي له انعكاس على رضا المستهلك. أما في الحالة التي يكون فيها الالتزام بالإعلام مرتبطاً بتنفيذ العقد فهي مسؤولية ذات طبيعة عقدية بلا خلاف⁴. حيث يذهب هذا الاتجاه المشجع للمسؤولية العقدية إلى أن مسؤولية المدين بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد هي مسؤولية عقدية اعتماداً على نظرية "الخطأ عند تكوين العقد" والتي يترتب عنها المطالبة بالتعويض.

ومن المبررات التي اعتمدها أنصار المسؤولية العقدية، أن المشرع نفسه قرر في بعض الأحيان المسؤولية العقدية على الرغم من أن الخطأ وقع قبل إبرام العقد، ولا تظهر نتائجه إلا أثناء تنفيذ العلاقة العقدية، كما أن المسؤولية العقدية قد تنقرر لغير أطراف العلاقة العقدية. حيث يمكن للمسؤولية العقدية أن تتسع لتشمل أخطاء سابقة عن العقد، فالمسؤولية المترتبة عن

1 - العربي محمد مياذ، م. س، ص 260.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء 1، الطبعة 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 748.

3 - بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المستهلك والمتعاقد، الطبعة 1، مطبعة سجلماسة، مكناس، 2011، ص 393.

4 - خديجة الشبانى، المسؤولية كجزاء عن الإخلال بالالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، مقال ضمن مؤلف جماعي: حماية المستهلك بين النصوص القانونية والعمل القضائي، م. س، ص 85.

أخطاء سابقة على التعاقد يجب أن تكون هي نفس المسؤولية المترتبة أثناء تنفيذ العقد¹، وهذا ما يدل على كون المسؤولية العقدية يمكن أن تتسع لتشمل الأخطاء التي تقع قبل التعاقد.

فالعقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، ولهذا يعتبر الالتزام بالإعلام خلال مرحلة تكوين العقد وحسب هذا الاتجاه التزاما عقديا، حيث أن العقد لا ينظر إليه فقط على أنه المصدر لما يتفرع عنه من التزامات، بل هو أيضا مصدر لما يفرض بمناسبةه من التزامات، كما أن العقد المرتقب أو المأمول يمثل مصدرا للالتزام بالإعلام قبل التعاقد على أساس أن هذا الالتزام لا يمكن أن يكون له وجود إلا مع احتمالية وجوده. فالتحليل الاقتصادي للعقد أو النظرة القانونية الموسعة له تسمحان بإمكانية إضفاء الطبيعة التعاقدية على الالتزام بالإعلام قبل التعاقد².

إلا أن هذا الطرح لم يسلم من الانتقادات، أبرزها تلك المتعلقة بالتمييز بين مراحل التعاقد لتحديد طبيعة الالتزام بالإعلام العقدي وقبل العقدي، وذلك بالتمييز بين المعلومات التي يجب على المدين بهذا الالتزام تقديمها سواء بمناسبة تنفيذ العقد أو حتى قبل إبرامه. فأغلب الفقه يرفض هذا التكييف انطلاقا من عدم وجود دليل على قيام تعهد عقدي سابق في كل العقود، إضافة إلى أن افتراض وجود مثل هذا العقد يؤدي إلى اعتباره تعهدا ثانويا يبطل التصرف الأصلي، مما يعني إنكار وجود التزام قبل تعاقد مستقل عن العقد. وعليه، فالمعلومات التي المطلوبة بعد الإبرام تكون مرتبطة أساسا بالتوجيه والإرشاد وتقديم المساعدة التقنية والفنية، كما سبق تفصيل ذلك، وهي ذات طبيعة عقدية يترتب عن الإخلال بها مسؤولية عقدية. بينما المعلومات المطلوبة قبل إبرام العقد والهادفة إلى تنوير رضا المتعاقد وتحديد شروط التعاقد لها طبيعة غير عقدية ويرتب الإخلال بها مسؤولية تقصيرية³.

¹ - CHAZAL Jean Pascal, Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? in : la nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003, p 110.

² - خديجة الشباني، م. س، ص 87.

³ - محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، الطبعة 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص 25.

ثانياً: الطبيعة التقصيرية للمسؤولية

تشكل المسؤولية التقصيرية جزاء على الإخلال بالتزام قانوني عام يكمن في عدم الإضرار بالغير، فهي تقوم بين أشخاص لا تربطهم علاقة عقدية. فهل يمكن تطبيق المسؤولية التقصيرية على الأضرار الناشئة عن الإخلال بالتزام بالإعلام الذي يمكن أن ينعكس على رضا المستهلك؟ وهل الالتزام بالإعلام في هذه الحالة مستقل عن العقد؟

لقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام بإعلام المستهلك، والتي تقوم بحكم القانون على أساس تحمل التبعية، ذلك أن الخطأ السابق على التعاقد ينفصل عن العقد ولا يمكن توقيع الجزاء بشأنه إلا من خلال المسؤولية التقصيرية، التي تؤدي إلى حق المستهلك في تعويض الضرر الذي يصيبه¹.

والأساس الذي اعتمده أنصار هذا الاتجاه، يكمن في كون الالتزام بالإدلاء بالبيانات المؤثرة على الرضا كذلك المرتبطة بخصائص الشيء المتعاقد عليه ومدى ملاءمته لتحقيق وتلبية حاجيات المتعاقد يجب الوفاء بها قبل اتخاذ القرار بإبرام العقد باعتبارها تشكل وسيلة مهمة لإيجاد رضا متنور وسليم، لهذا فكا خطأ فيها يشكل خطأ تقصيرياً. كما أنه لا بد من استناد الالتزام بالإعلام على مبد حسن النية قبل التعاقد الذي يطغى على إبرام العقد، وينتج عن الإخلال به مسؤولية تقصيرية، ويختلف عن حسن النية الذي يجب احترامه خلال مرحلة سريان العقد والذي يرتب الإخلال به مسؤولية عقدية. ويدعم هذا الاتجاه طرحه بالمزايا التي توفرها المسؤولية التقصيرية للمتضرر، كحمايته من الشروط المخففة أو المعفية من المسؤولية التقصيرية، كما تمكنه من الحصول على التعويض عن كافة الأضرار التي تلحقه بسبب الإخلال بالالتزام بالإعلام سواء كانت هذه الأضرار محتملة أو غير محتملة².

وفي ختام هذا الجدل الفقهي نخلص إلى أن الإرتكان للمسؤولية التقصيرية بالنظر للفائدة التي تعود على المضرور عند المطالبة بالتعويض عن الضرر المتوقع أو غير المتوقع، عكس المسؤولية العقدية التي لا تشمل سوى الضرر المتوقع كما لا يجوز الاستناد إلى ما قد يوجد

1 - عبد المنعم موسى إبراهيم، م. س، ص 374.

2 - خديجة الشباني، م. س، ص 85.

من شروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية في إطار المسؤولية التقصيرية، فهذه الشروط تعتبر باطلة في حين تبقى صحيحة عندما يتعلق الأمر بالمسؤولية العقدية¹.

الفقرة الثالثة: التعويض

يمكن أن يقتصر جزاء مخالفة الالتزام بالإعلام في منح تعويض للمستهلك دون مساس بالعقد، ويتحقق ذلك في الحالة التي يتعذر فيها عليه إبطال العقد لعدم تحقق شروطه كاملة، فقد يتعذر عليه إثبات نية التدليس لدى المدين أو أن هذا الأخير كان هو الدافع للتعاقد. وأبرز تطبيق لهذه الحالة هو ما يصطلح عليه بالتدليس العارض الذي وإن لم يكن دافعا إلى إبرام العقد فإنه يسبب للمدلس عليه ضررا يجب تعويضه تطبيقا للفصل 53 ق. ل. ع²، ونتيجة مما سبق فكلما نتج عن الجهل بالمعلومات حدوث ضرر للمستهلك من دون تعيب رضائه يحق له الحصول على التعويضات عن طريق المطالبة القضائية. وبالتالي، فحق المستهلك في إبطال العقد وإعادة الحال لما كان عليه قبل التعاقد ليس دائما هو الحل الأنجع لتوفير القدر اللازم من الحماية للمستهلك فيكون بالإضافة لهذا الحق (الإبطال) طلب التعويض. فلا شك أن إخلال البائع بالتزامه بالإعلام هو خطأ قد يترتب عليه ضرر للمستهلك مما يعطيه الحق في الجمع بين الإبطال والتعويض³.

لهذا فقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية، على أحقية المستهلك الذي يقع في الغلط أن يطالب بالتعويض إذا لم تكن المطالبة بالإبطال كافية لتعويضه عن الأضرار التي أصابته، ويتجلى ذلك في حكمها الذي أسسته على المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالغلط، ومع ذلك قررت حق المستهلك في التعويض استنادا إلى أحكام المسؤولية العقدية حيث جاء في الحكم: "يؤدي وجود الغلط، حتى ولو كان غير عمدي، ومهما كان بسيطا إلى قيام مسؤولية المتعاقد الذي أوقع المستهلك في الغلط"⁴.

¹ - أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994، القاهرة، ص 312.
² - الفصل 53 ق. ل. ع: "التدليس الذي يقع على توابع الالتزام من غير أن يدفع إلى التحمل به لا يمنح إلا الحق في التعويض".

³ - رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2016، بيروت، لبنان، ص 119.

⁴ - Cass. civ, 29 nov. 1968, Gaz. Pal, 1969-1- p. 63.

كما يرى بعض الفقه¹ أيضا أن البطلان كجزاء على عيوب الإرادة لا يستبعد اللجوء إلى طلب التعويض، كما يجوز طلب التعويض بالرغم من استبقاء العقد وعدم طلب بطلانه، وهكذا فالمتعاقد له أن يجمع بين البطلان والتعويض أو أن يستبقي العقد ويطلب التعويض أو أن يكتفي بالبطلان.

مما سبق نستنتج الغاية الأساسية من التعويض المتجلية في إصلاح الضرر وذلك بإرضاء الدائن ومحاولة إعادته إلى الوضع الذي كان عليه قبل حدوث الفعل الضار، حتى يمكن إعادة التوازن في العقد الاستهلاكي ولكي يحقق التعويض هذه الغاية لابد أن يكون عادلا بتغطية كل عناصر الضرر، هذا بخصوص تطبيقات التعويض في إطار القواعد العامة. ولعل ربط التعويض بالضرر الذي لحق الدائن هو التفسير السليم لمضمون المادتين 77 و78 ق. ل. ع، إذ يعد خرق المهني لالتزامه بالإعلام أمرا أساسيا من شأنه إحداث ضرر مادي أو معنوي². وبعد هذا التفصيل في واحد من أهم آليات إرساء الشفافية في العقود الاستهلاكية، ننتقل إلى آلية أخرى لا تقل أهمية عن سابقتها، ألا وهي محاربة الشروط التعسفية كمبحث ثان ضمن هذا الفصل.

1 - عمر محمد عبد الباقي، م. س، ص 253.

2 - خديجة الشباني، م. س، ص 93.

المبحث الثاني: محاربة الشروط التعسفية كآلية لإرساء الشفافية في عقود الاستهلاك

إذا كان الأصل تطبيقاً لمبدأ الحرية التعاقدية أنه يجوز للمتعاقدين أن يضمنوا تعاقدتهما أي شرط يرتضيانه، طالما أن هذا الشرط غير ممنوع قانوناً سواء كان هذا المنع بنص خاص أو لمخالفته النظام العام والآداب، وهذا الأصل العام من الأمور المسلم بها بحيث لا يحتاج إلى نص لتقريره، إلا أن الوضعية لا تستقر دائماً على هذا المنحى، فحدوث الثورة الصناعية وما نتج عنه من ازدياد الإنتاج والتوزيع الصناعي والرأسمالي قد قلب هذه المعطيات¹ أدى إلى ظهور عدم المساواة بين المستهلكين والمهنيين، نتيجة التفوق الكبير لصالح الطرف الثاني على الأول في العلاقات التعاقدية. فأضحى المجال خصباً لنمو عقود الإذعان التي تتميز بغياب النقاش الحقيقي بين طرفي العقد، والنتيجة هي أن المستهلك لا يستطيع أن يكون ندا للمهني²، نظراً لوضع الضعف الذي هو عليه، لأن العلاقة بين ضعيف وقوي لا يمكن أن تكون عادلة، وهذا التباين سمح للطرف الأكثر قوة بفرض وإملاء إرادته وتضمن ما شاء من الشروط التعسفية في العقود التي يبرمها مع الطرف الأقل قوة، على نحو يهدف إلى التخفيف من التزاماته ومسؤولياته³.

وعليه، فسنتناول مفهوم الشروط التعسفية (المطلب الأول) ثم نقف عند سبل مواجهتها وفقاً للقواعد العامة (المطلب الثاني)، والقواعد الخاصة (المطلب الثالث).

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1981، بند 43، ص 18.

² - KARIMI (A), Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, L.G.D.J, 2001, P. 12, n° 32.

³ - غيتة دكراوي، حدود حماية المستهلك من الشرط التعسفي، منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، الطبعة الأولى، 2019 مطبعة الأمنية، الرباط، العدد الخاص رقم 16، ص 24.

المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

بدأت فكرة الشرط التعسفي¹ تحظى باهتمام المشرع، كوسيلة لضمان شفافية شروط العقد الاستهلاكي، وبالتالي حماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية أو كآلية لإعادة التوازن العقدي، سنة 1962. حيث كانت البداية من الولايات المتحدة الأمريكية في قانون التجارة الموحد من خلال ما يعرف بالشروط غير المعقولة أو غير المقبولة (Unconscionable clause) وانتقلت بعد ذلك إلى البلدان الأوروبية كوسيلة تسمح للقاضي بإلغاء كافة الشروط التي تبدو تعسفية، وذلك بعد عام 1970، وهي بداية لما يمكن تسميته بالمواجهة ضد الشروط التعسفية، حيث كان السبق للسويد سنة 1971 ثم الدانمارك سنة 1974 فألمانيا سنة 1976².

وفي القانون الفرنسي، بدأ المشرع في المساهمة لإثراء وسائل الحماية في مجال المواجهة ضد الشروط التعسفية سنة 1978 بالقانون المسمى Loi Scrivener الذي خصص الفصل الرابع منه للشروط التعسفية، فجاءت المادة 35 كمحاولة تشريعية لتعريف الشرط التعسفي بموجب القانون رقم 23/78 الصادر بتاريخ 10 يناير 1978، ومن ثم اهتمام الفقه بتعريفها ودورها في إعادة التوازن العقدي³.

وبموجب قانون 5 يناير 1988 أدخل المشرع الفرنسي تنظيماً جديداً على القانون السابق، وعرفت دعوى إلغاء الشروط التعسفية وتم إدماج هذا القانون بقانون 1978 وذلك بتقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، والذي يتميز عن غيره من قوانين باقي الدول الأوروبية بخلقه للدور الفعال لما يسمى "لجنة الشروط التعسفية"، ولأزال المشرع الفرنسي يدخل تعديلات جديدة، خاصة على إثر الالتزام بتوجيهات الاتحاد الأوروبي فيما يخص التنسيق فيما بين الأنظمة القانونية المختلفة للبلدان الأوروبية في مجال مواجهة الشروط التعسفية، وهو ما ترجمه المشرع

¹ - La notion de clause abusive.

² - J. C Auloy, Droit de la consommation, Dalloz, 7^e édition, 2006, No 176, p. 203 et s.

³ -O. Carmet, sur la loi du 10 janv. 1978, RTD. Com, 1982,1.

الفرنسي بقانون الاستهلاك رقم 93-95 في فاتح فبراير 1995، وبموجبه استبدلت المادة L132-1 الخاصة بالشروط التعسفية بنص المادة 35 من قانون 1978¹.

وعليه، فسنطرق لتعريف الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (الفقرة الأولى)، ثم بعد ذلك نطاقها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

لقد تعددت تعريفات الفقه² والقضاء والتشريع للشروط التعسفية، واختلفت بتعدد زاوية الرؤية لها. فمن حيث المصدر، فالشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بوقوعه³. ومن حيث الطبيعة، فهو الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود المعاملات من شرف ونزاهة وشفافية وحسن نية وحق وعدالة⁴. ومن حيث الآثار، فهو التصرف الذي يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما يؤدي إليه من اختلال في توازنه⁵. وقد تطرق الفقه الإسلامي لمواجهة الشروط التعسفية من خلال قاعدتين مستقرتين هما "قاعدة سد الذرائع" التي تؤدي دورا وقائيا في المواجهة، وقاعدة "الضرر يزال" التي لها دور علاجي⁶.

وقد عرفه القانون 31.08 في مادته 15 أنه "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق

1 - محمد أحمد عبد الحميد أحمد، م. س، ص 81.

2 - أبو بكر مهم، الوسائل الوقائية لحماية المستهلك، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 2004.

3 - نزهة الخلافي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية، عقد البيع نموذجاً، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2004.

4 - CARMET (O), Réflexions sur les clauses abusives au sein de la loi N° 78-23 du 10 janv. 1978, R.T.D. Com, 1982, T. 1, p.19.

5 - "هو الشرط الذي يأتي متناقضاً مع النظام العام المتعلق بحماية المستهلك، وبخلاف الثقة التي وضعها أحد أطراف العقد بالطرف الآخر". للمزيد، انظر: هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة 1، 2014 وسيم الأحمر، تأصيل الالتزام بالإعلام من خلال الفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود، مؤلف جماعي: "حماية المستهلك بين النصوص القانونية والعمل القضائي"، منشورات المركز الوطني للبحث القانوني، الطبعة 1، 2022، ص 37.

6 - ص 186.

7 - أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 212.

8 - للمزيد حول هاتين القاعدتين، انظر: عمر محمد عبد الباقي، م. س، ص 443.

وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك.... تطبيق الأحكام المذكورة كيفما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد، وتطبق بوجه خاص على سندات الطلب والفاتورات و...".

بينما تأثر المشرع الفرنسي إلى حد بعيد بتوجهات المفوضية الأوروبية في القانون الصادر عن مجلس الاتحاد الأوروبي في هذا المجال المؤرخ في 1993 / 4/5 الذي وسع من نطاق تعريف الشروط التعسفية بحيث لم تعد تقتصر على عقود الإذعان وحدها بل أصبحت تشمل كل العقود التبادلية الأخرى¹. وهذا ما أكدته المادة L 212-1 من مدونة الاستهلاك التي جاء فيها أنه: "في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، تعتبر تعسفية الشروط التي يترتب على موضوعها أو آثارها خلق حالة من عدم التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة"².

في حين نصت المادة 5 من التوجيه الأوروبي 93/13 على مبدأ الوضوح والشفافية في عقود الاستهلاك، حيث أكدت على ضرورة صياغة شروط العقد بلغة سهلة وواضحة ومفهومة للمستهلك، وهذا يعني ألا يثار شك بشأنها. بينما تنص المادة 1/7 من قانون الاستهلاك الإنجليزي على أن: "البائع أو المورد يجب أن يضمن أي شرط تعاقدية، شريطة أن تصاغ بصورة صريحة ولغة واضحة"³.

كما عرفه J. C. Auloy بأنه "ذلك الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنحه ميزة فاحشة عن الطرف الآخر". أو هو "ذلك الشرط الذي يترتب عليه إفراغ الالتزام الأساسي للعقد بالنسبة للمحترف من أي محتوى أو مضمون"⁴. في حين عرفته المادة L 212-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁵: "ذلك الشرط الذي يخلق عدم توازن واضح بين حقوق

1 - عبد القادر العرعاري، م. س، ص 214.

2 - Art. 212-1 (ancien Art. L 132-1) : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

3 - عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، م. س، ص 406.

4 - BOURGOIGNIE (T), Les clauses limitatives ou exonératoires de la responsabilité du professionnel à l'égard du consommateur : clauses en sursis ? Actes du colloque des 13 et 14 déc. 1990, L.G.D.J, 1991, p.266.

5 - Code de la consommation, édition 01-01-2021. P. 37.

وواجبات أطراف العقد¹. ويرى الفقه الفرنسي² أن نظرة المشرع الفرنسي الحديثة إلى الشروط التعسفية انتقلت من اعتماد معيار الميزة المفرطة إلى معيار آخر، هو مدى توافر اختلال كبير في توازن حقوق وواجبات طرفي العقد.

وفي عقود الاستهلاك التي تتميز بتفاوت واضح في القدرة المعرفية والاقتصادية بين أطرافها، يمكننا القول بأن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المستهلك والمهني، نتيجة استخدام هذا الأخير لقوته الاقتصادية التي تمنحه ميزة فاحشة في مواجهة الطرف الآخر.

الفقرة الثانية: نطاق الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

من خلال المادة 15 من القانون 31.08 المشار إليه أعلاه، فالمشرع حدد مجال تطبيق المقتضيات المتعلقة بالشروط التعسفية سواء من حيث الأشخاص أو من حيث العقود.

أولاً: من حيث الأشخاص

يلاحظ أن المادة المذكورة تشير إلى أنه "يعتبر شرطاً تعسفياً في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك"، أي أن مجال التطبيق يهتم العقود التي تبرم بين المورد من جهة والمستهلك من جهة ثانية. وكانت المادة 2 من نفس القانون، قد عرفت المستهلك بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجاته غير المهنية منتجات *produits* أو سلع *biens* أو خدمات *services* معدة للاستعمال الشخصي أو العائلي". وهو ما يعني استبعاد من مجال الحماية كل من يتعاقد من أجل تلبية حاجاته المهنية، أي المحترف أو المورد كما عرفته المادة 2 وهو "كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري".

¹ Art. L 212-1 : « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat ».

² - STOFFEL- MUNCK Phillipe, L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie, L.G.D.J, 2000, p.307.

ثانيا: من حيث العقود

يلاحظ أن المادة 15 وسعت مجال التطبيق بحيث لا يقتصر على نوع معين من الشروط الواردة في نوع معين من العقود، مثلا شرط تحديد المسؤولية الذي يدرج عادة في عقود النقل، بل يهتم كافة أنواع العقود التي يتم إبرامها بين الموردين والمستهلكين. وهو ما يظهر من خلال استعمال المشرع في المادة 15 كلمة "العقود" عامة دون تخصيص¹. وعلى هذا الأساس فإن مجال التطبيق يشمل "كل العقود المبرمة بين المورد والمستهلك" وذلك كيفما كانت طبيعتها عقد بيع، مقتولة، إيجار location، كراء louage، تأمين، قرض...، أو محلها (عقار، منقول، سلع، خدمات). ووسعت الفقرة الثانية من المادة 15 من مجال التطبيق أو الحماية عندما أشارت إلى أنه "تطبق الأحكام المذكورة كيفما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد"، بمعنى كيفما كانت الوسيلة التي تم بها إبرام العقد، لأي سواء تعلق الأمر بمحرر ورقي أو محرر إلكتروني²، لا سيما أن المشرع أشار إلى هذه الوسيلة عندما تحدث عن العقود المبرمة عن بعد في المادة 27³. وأيضا كيفما كان شكل إبرام العقد، أي سواء تعلق الأمر بصفة منفردة من طرف المورد وخضع له المستهلك أو عقد تم التفاوض بشأنه. ويؤكد السطر الأخير من المادة 15 هذه الفكرة، حيث أنه بعد أن أشار المشرع، على سبيل المثال⁴، إلى مجموعة من الوثائق التعاقدية التي يشملها مجال التطبيق أو الحماية: سندات الطلب bons de commande، الفاتورات factures، أذن الضمان bons de garantie، القوائم bordereaux، أو أذن التسليم bons de livraison، الأوراق billets، أو التذاكر tickets، يضيف "...والتي تتضمن شروطا متفاوضا بشأنها بحرية أو غير متفاوض بشأنها أو إحالات إلى شروط عامة

1 - أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، م. س، ص 232.

2 - خاصة وأن المشرع المغربي سوى بين الوثيقة الإلكترونية والوثيقة الورقية في ال نهوض بوظيفة الصحة والإثبات من خلال الفصل 1-2 ق. ل. ع كما تم تنميته بمقتضى القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتاريخ 30 نوفمبر 2007. والذي جاء فيه: "عندما يكون الإدلاء بمحرر مطلوبا لإثبات صحة وثيقة قانونية، يمكن إعداد هذا المحرر بشكل إلكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في الفصلين 1-417 و 2-417 أدناه". والذين يؤكدان تمتع الوثيقة المحررة إلكترونيا بقوة الإثبات.

3 - المادة 27 من قانون 31.08: "يكون عقد البيع عن بع بوسيلة إلكترونية صحيحا إذا أبرم طبقا للشروط المنصوص عليها في القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والتشريعات المعمول بها في هذا المجال وكذا الشروط الواردة في هذا القانون".

4 - تنص الفقرة الثانية من المادة 15 على ما يلي: "...تطبق الأحكام المذكورة... وتطبق كذلك بوجه خاص على سندات الطلب..."

محددة مسبقاً". وهكذا يظهر أن النص الجديد يشير صراحة وبدون أن يترك مجالاً للشك، بأن مجال الحماية لا يقتصر فقط على عقود الإذعان، بل يشمل أيضاً حتى العقود الرضائية إذا كانت تتضمن شروطاً تعسفية¹، لأن التعسف قد يوجد أحياناً حتى خارج عقود الإذعان، أي في عقود المعاوضة أو المساومة، حيث يكون بإمكان المحترف دائماً أن يتعسف في حق المستهلك سواء خلال استغلال ضعفه أو من خلال الاستفادة من جهله، إذ ما يحدث في الغالب هو أن عدم كفاءة المستهلك فنياً أو تقنياً لا تمكنه من مناقشة شروط العقد، كما أن عدم خبرته القانونية لا تخوله إمكانية تقدير الآثار الحقيقية لهذه الشروط على مركزه المالي، وإنما يتم التعاقد مع اختلال التوازن بين الالتزامات حتى مع غياب الاحتكار وفي ظل إمكانية نظرية لمناقشة شروط العقد. فالأشكال الحديثة للتعاقد تظهر أن خضوع المتعاقد لا يحصل بمناسبة عقد محدد من العقود، وإنما يتحقق تقريباً في غالبية الصور الحديثة للتعاقد².

المطلب الثاني: مواجهة الشروط التعسفية من خلال القواعد العامة

لقد حاول الفقه والقضاء في البداية التصدي للانتشار الواسع للشروط التعسفية التي تضر بمصالح الطرف الضعيف وخاصة المستهلك، لكن في ظل صعوبة الاتفاق على قواعد عامة من شأنها المساعدة على ذلك، سنعرض بعضها الذي نراه يخدم بشكل مباشر محاربة الشروط التعسفية في العقود الاستهلاكية. وعليه فسنستطرق لنظرية السبب كمبدأ عام مرتبط بأركان العقد (الفقرة الأولى)، ثم مبدأ حسن النية (الفقرة الثانية)، ونظرية التعسف في استعمال الحق (الفقرة الثالثة) كمبادئ موجهين في النظرية العامة للعقود.

الفقرة الأولى: نظرية السبب

من الآثار التي ترتبت على مبدأ الحرية التعاقدية التي جسدها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أن اختل التوازن العقدي بين المتعاقدين مما أدى إلى انتعاش فكرة العدل التبادلي في العقود، وهو ما أدى إلى البحث عن أدوات قانونية تمكن من إعادة التوازن في العقد مع الإبقاء

¹ - أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، م. س، ص 232-233.

² - كالعقود المبرمة خارج المحلات التجارية (في منزل المستهلك، في مقر عمله) والعقود المبرمة عن بعد (الأنترنيت، التلفزيون).

على قوته الملزمة بعد إصلاح الخلل الذي لحق بعض بنوده، ومن هذه الأدوات القانونية التي استعملها الفقه من أجل إعادة التوازن العقدي بين الطرفين نظرية السبب¹.

وفي موضوعنا، فالشرط يكون تعسفيا عندما يتم اشتراطه لمصلحة أحد الطرفين فقط، فهو غالبا ما يضع على عاتق الطرف الآخر التزاما لا يكون له مقابل حقيقي، وعلى هذا الأساس، هل بالإمكان اعتبار هذا الالتزام باطلا لغياب السبب استنادا إلى الفصل 62 ق. ل. ع الذي ينص على أن: "الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن، ويكون السبب غير مشروع، إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو للنظام العام أو للقانون". ولم يعرف ق. ل. ع السبب بل اكتفى بما استقر عليه الفقه².

ومن الاشتراطات التي يمكن الاستدلال بها في هذا السياق، الشرط الذي يخول البنك استحقاق مصاريف الملف والعمولات ولو لم ينجز عقد القرض لأي سبب كان. فالقواعد العامة تقتضي أن الالتزام الذي يقع على المقرض يقابله التزام آخر يتحمله المقرض، وحيث أن العقد لم يتم إبرامه، فإن المقرض يكون في حل من أي التزام تجاه المقرض، فإذا ألزمناه بشيء على الرغم من تعذر إبرام عقد القرض، فإن ذلك الالتزام يكون دون سبب. هذا فضلا عن أن عدم توصل الطرفين إلى إبرام العقد ربما يكون بفعل المؤسسة البنكية، فكيف يمكن في هذه الحالة إلزام من أراد الاقتراض بأداء العمولات والمصاريف من دون إتمام عملية التعاقد، ذلك أن سبب التزام المقرض هو الحصول على المقابل المتفق عليه في العقد. ويطبق ذات الحكم على الشرط العقدي الذي يلزم المقرض إن أراد الوفاء المسبق للقرض بأداء تعويض للمؤسسة المقرضة³.

1 - أحمد كويسي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان، م. س، ص 35.

2 - هذا الأخير انقسم في تعريفه للسبب إلى فريقين:

- فقه تقليدي يأخذ بالنظرية الموضوعية للسبب، يترجمه Domat et pothier يأخذ بعين الاعتبار المقابل الذي يحصل عليه كل شخص يتحمل الالتزام، ويكون العقد باطلا عندما لا يوجد هذا المقابل المتوخى. فالسبب هنا، بلعب دور الحماية الفردية أي حماية أحد المتعاقدين ضد الآخر، وبالتالي فهو وسيلة لتحقيق العدل.

- فقه حديث متمسك بالنظرية الشخصية، ويتزعمه في ذلك القضاء الفرنسي حيث ذهب إلى أن السبب هو الباعث الدافع، فالسبب هنا عبارة عن الباعث الدافع إلى التعاقد وليس مجرد الغرض من العقد، وهو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث. وبالنظر للانتقادات التي وجهت للنظريتين، يعترف الفقه اليوم بازدواجية مفهوم السبب.

للمزيد، انظر: أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، م. س، ص 178.

3 - أحمد كويسي، المرجع نفسه، ص 36.

وفي مجال التأمين، فقد قررت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 19 دجنبر 1990، بطلان الشرط الذي يتم إدراجه في عقود التأمين والذي يقضي بأن الضمان لا يشمل إلا "المطالبات التي تتوصل بها الشركة خلال مرحلة سريان بوليصة التأمين"، فبالنسبة لمحكمة النقض "يكون للأقساط التي يتم دفعها عن المرحلة الممتدة بين أنتاج عقد التأمين لآثاره وانتهائه مقابل هام وهو ضمان الأخطار التي تجد مصدرها في الواقعة التي تحدث خلال هذه المرحلة". وينتج عن ذلك أن الشرط الوارد في الوثيقة والذي يقضي بأن الضرر لا يكون مشمولاً بالضمان إلا إذا كانت مطالبة المضرور قد تمت خلال مرحلة سريان العقد، يحرم المؤمن له من الاستفادة من التأمين بسبب واقعة لا تعود إليه، مما يخلق مزية غير مشروعة مجردة من السبب لفائدة المؤمن الذي يكون قد حصل على أقساط بدون مقابل، وبالتالي "يجب اعتبار الشرط كأن لم يكن"¹.

نستنتج مما سبق أن السبب يمكن اعتماده لإبطال الشروط التعسفية، لذا فإنه لا يمكن الاعتراض² على نظرية السبب بأن بنود وشروط العقد يؤول بعضها البعض وأن وجود البعض ينظر فيه إلى العقد ككل³.

الفقرة الثانية: نظرية حسن النية

كمعيار تقليدي بآليات متطورة، يعتبر إعمال حسن النية أساساً هاماً لاستبعاد الشروط التعسفية. فهو يلعب دوراً بارزاً في المرحلة السابقة للتعاقد، إذ يساهم في القضاء على كل التصرفات المخالفة لها، ويساعد القضاء على التدخل في العقد قصد تعديله وضمان توازنه من خلال شفافية بنوده. وقد تنبه المشرع الفرنسي لأهميته وقام بموجب التعديل الأخير للقانون

¹ - Cass. Civ 1, 19 déc 1990.

² - تحفظ بعض الفقه نابع من قناعته بأن غياب السبب بالمعنى الذي تناولناه به لا يكون موجوداً في الغالب في العلاقات الاستهلاكية بين المحترفين والمستهلكين، بل أن الشائع هو عدم التساوي في الالتزامات المتبادلة. انظر: - J. C. Auloy, F. Steinmetz, op. cit, p. 161.

³ - نزهة الخدي، م. س، ص 156.

المدني الفرنسي بالتنصيص عليه في المرحلة السابقة للتعاقد كاستجابة لآراء الفقهاء والقضاء الذين تنبهوا لأهميته قبل أن تعمل العديد من التشريعات على التأكيد عليها¹.

لا نتصور، في عقود الاستهلاك، مستهلكا لديه مقومات القدرة على تنفيذ العقد بما يخالف حسن النية، بل إن النقيض تماما هو الأمر الغالب. فالطرف المحترف يقوم بوضع الخطوات التي يجب أن يسلكها المستهلك حتى إنهاء العقد بالوفاء دون مشاكل أو صعوبات، وعلى ذلك فإن أعمال هذا المبدأ من الناحية العملية مطلوب من جانب المهني أكثر من جانب المستهلك².

ولذلك ذهب جانب من الفقهاء الفرنسيين إلى أن مبدأ حسن النية يصلح أساسا لإلغاء الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين³. وذلك استنادا إلى المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن الاتفاقيات يجب أن تنفذ بحسن نية⁴، ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي لم يستثمر هذه المادة في الدفاع عن الطرف الضعيف، ويتضح ذلك من خلال القرارات النادرة⁵ التي استعانت بهذا المبدأ لتقرير بطلان شرط تعسفي، كما أن الفقهاء لم يهتموا اهتماما كبيرا بهذا النص التشريعي. ومع ذلك فإن مبدأ حسن النية لا يعتبر في فرنسا أساسا قانونيا لإلغاء الشروط التعسفية على خلاف القانون الألماني من خلال المادة 242 ق. م⁶، وقانون 9 دجنبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للأعمال (المادة 9)، وقانون Québec في مادته 1375، والقانون الإسباني الصادر بتاريخ 19 يوليوز 1984، والتوجيه الأوروبي المتعلق بالشروط التعسفية بتاريخ 5 أبريل 1993 الذي اتخذ من مبدأ حسن النية معيارا لإلغاء الشروط التعسفية. لكن القضاء الفرنسي لم يشاطر هذا الفقه رأيه، ويتضح ذلك

1 - المهدي كداري، استشراف مستقبل حسن النية كأساس لاستبعاد الشروط التعسفية، مؤلف جماعي: "حماية المستهلك بين النصوص القانونية والعمل القضائي"، منشورات المركز الوطني للبحث القانوني، الطبعة 1، 2022، ص 61.

2 - عمر محمد عبد الباقي، م. س، ص 418.

3 - J. C. Auloy, F. Steinmetz, op. cit, p. 230 ; Yves Picod et Hélène Davo, op. cit, p. 142.

4 - Ancien art. 1134 (Abrogé par Ord. No 2016-131 du 10 févr. 2016, à compter du 1er oct. 2016) : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

5 - للاطلاع على وقائع النزاع، انظر: أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، م. س، ص 199.

6 - المادة 242 ق. م الألماني: "المدين يكون ملزما بتقديم الخدمة، كما يفرضه ذلك حسن النية، بالنظر إلى العادات المعترف بها في مجال الأعمال".

من خلال نقضها لقرارات محاكم الموضوع التي اعتمدت هذا المبدأ في إلغاء الشروط التعسفية، فقرار محكمة Aix الصادر بتاريخ 10 ماي 1996 بقرار 17 نونبر 1998 بعلّة أن محكمة الموضوع أعطت للمادة 1134 مدلولاً لا يستفاد منها، وأيد بعض الفقه هذا الاتجاه بحجة أن مبدأ حسن النية لا يلزم أبعد مما تريد الإرادة وإلا سيصبح مصدر لانعدام الأمن القانوني¹.

وعلى العموم، فلا أحد يدعي بأن حسن النية يمكن أن يحل محل إرادة أطراف العقد، إلا أن هذا لا يعني إطلاق حرية أحد الأطراف في إملاء شروطه على الطرف الآخر سواء تعلق الأمر بتحديد مضمون العقد أو طرق تنفيذه وإنهائه. فمبدأ حسن النية يصلح كأساس لتعطيل مفعول كثير من الشروط التعسفية²، وبالتالي تحقيق نوع من العدالة التعاقدية.

الفقرة الثالثة: نظرية التعسف في استعمال الحق

تقتضي ممارسة الحق في التعاقد، بشكل صحيح ومشروع بحيث يحقق الهدف المتوخى منه، أن يكون للأطراف إمكانية متساوية للتفاوض حول الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد بكل حرية، ولذلك فإن محاولة استعمال هذا الحق في التعاقد من أجل فرض إرادة الطرف القوي على المتعاقد الآخر يعتبر تحويلاً لهذا الحق عن هدفه الأساس، أي يجب ألا تؤدي ممارسة حق في إطار حدوده القانونية إلى الوصول إلى نتيجة مخالفة لغايته الاجتماعية³.

ولذلك جاء في الفقرة الأولى من الفصل 94 ق. ل. ع أنه: " لا محل للمسؤولية المدنية إذا فعل شخص بغير قصد الأضرار ما كان له الحق في فعله"، وبمفهوم المخالفة فإن الشخص الذي يستعمل حقه بشكل يتجاوز الحدود المألوفة بنية الإضرار بالغير يعتبر متعسفاً في استعمال الحق مما يشكل خطأ يقيم مسؤوليته ويستوجب تعويض الطرف المتضرر. ويعدد التشريع المدني المصري في مادته 5 حالات هذا الاستعمال غير المشروع للحق في التعاقد⁴. ويعد مبدأ

¹ - أحمد كويسي، م، المرجع نفسه، ص 41 و 43.

² - يقول J. Ghestin أنه: "على الرغم من أن الأعمال التحضيرية لقانون 1978 توحى بأن المشرع كان يهدف إلى قصر الإبطال على الشروط الواردة في مرسوم صادر عن مجلس الدولة، فإن ذلك لا يمنع، مع ذلك، المحاكم من التصريح ببطلان شرط تعسفي اعتماداً على مقتضيات عامة مثل تلك الواردة في المادة 1134 التي بمقتضاها يجب تنفيذ العقود بحسن نية..." - J. Ghestin, note sous cass. Civ, 6 déc 1989. D. 1990, p. 289.

³ - أبو بكر مهم، م. س، ص 202.

⁴ - المادة 5 من القانون المدني المصري: "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية:

لا ضرر ولا ضرار من أهم الأسس التي يقوم عليها الفقه الإسلامي لقوله (ص): "لا ضرر ولا ضرار"، وبالتالي يمنع على كل شخص إلحاق الضرر بغيره ولو كان في ذلك مصلحة له.

وفي هذا السياق، يرى بعض الفقه¹ أن التشدد الذي طبع به المشرع نظرية التعسف في استعمال الحق تجعلها غير ذات فعالية لحل إشكالية الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، ذلك أن الشرط التعسفي يعتبر كذلك بصرف النظر عن قصد المهني إيقاع الضرر بالمستهلك أو لا، إضافة إلى أن القوة الملزمة للعقد والتي تفرض احترام اتفاقات الأطراف تأبى بحث عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق تحقيقها ما دام ليس فيها ما يخالف النظام العام، بل على العكس من ذلك قد يعتبر تدخل القاضي لإعادة التوازن في العلاقة التعاقدية المشوبة بالتعسف بقصد تعديل العقد في غياب أساس قانوني يبرره مخالفة لمقتضيان الفصل 230 ق. ل. ع ومسا بالنظام العام. كما أن جزاء التعسف في استعمال الحق والمتمثل في إصلاح الضرر المترتب عن هذا التعسف بإزالة أسبابه، وكذا تعويض المتضرر لا يعتبر جزاء ناجعا وفعالا للمستهلك الذي يرغب في إلغاء الشرط التعسفي وحده مع الإبقاء على العقد.

بقي أن نشير أخيرا إلى أن التدخل القضائي هنا يهدف إلى محاربة استغلال الإنسان لأخيه الإنسان، خاصة وأن الأهداف الأولى للقانون تفرض عليه إيلاء عناية خاصة للذين يحتاجونها خاصة الضعفاء وقليلي الخبرة محاولا في كل ذلك التوفيق بين مبادئ العدالة التعاقدية واستقرار المعاملات².

فإذا كانت القواعد العامة قد أثبتت محدودية فعاليتها، فقد تدخل المشرع بشكل مباشر من خلال قواعد خاصة تستهدف تنظيم الشروط التي تدرج في عقود الاستهلاك لتجنيب المستهلكين استغلال المحترفين لضعفهم وحاجتهم، وهو ما سنتطرق له في المطلب الموالي.

أ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب - إذا كانت المصالح التي يرمي تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

1 - أمينة ناعمي، أحكام الشرط في القانون المدني المغربي على ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، م. س، ص 257-258.

2 - أبو بكر مهم، م. س، ص 206.

المطلب الثالث: محاربة الشروط التعسفية من خلال القواعد الخاصة

نناقش في هذا المطلب معيار تحديد الشرط التعسفي (الفقرة الأولى)، ثم لائحة للشروط التي تعتبر تعسفية إذا ما أدرجت في العقد (الفقرة الثانية)، فالجزاء المترتب عن ذلك (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: معيار الشرط التعسفي

يتحقق وجود الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك وفقا للتشريع المغربي، من خلال توافر معيارين اثنين، وهما:

أولاً: الاختلال الكبير في توازن العقد الاستهلاكي

قد يعتقد البعض أن الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المهني في عقود الاستهلاك تنصب على السعر فقط، أي أنها ذات صبغة مالية، ولكن الحقيقة هي غير ذلك.

فمن ناحية أولى، فإن هذا الاتجاه يثير مسألة الغبن، رغم اختلاف محل كل منهما، فمحل الغبن يتعلق بالثمن، بينما في الشروط التعسفية ينصب على شروط مقترنة بالعقد. ولهذا ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن أمر تقدير الصفة التعسفية، فيما يتعلق بهذا العنصر، لا يجوز أن يتعلق بمحل العقد أو موضوعه الأساس أو الثمن¹، إنما ذاك الذي يؤدي إلى اختلال توازن كبير بين الحقوق والواجبات الواقعة على طرف العقد، عندما يتعرض شرط ما للنقد من زاوية شكله أو أسلوبه، وهو ما يميزه أساساً عن الغبن².

ومن ناحية ثانية، فتحقيقاً لحماية أشمل للمستهلكين، فالفقه أراد ألا يحصر هذه الميزة الفاحشة في هذا المجال الضيق، فنظر إليها من حيث الأثر الذي تخلفه في العقد، وهو عدم

¹ - وهو نفس موقف المشرع المغربي، حيث استثنت المادة 17 ق. ح. م، تحديد المحل الأساسي أو السع أو أجرة الخدمة المقدمة (أي العلاقة بين الجودة والثمن)، من مجال تقدير الطابع التعسفي لشروط العقد.

² - Natacha Sauphanor-Brouillaud, op. cit, p. 557.

- Anne-Christine Fornage, op. cit, p. 201.

التوازن بين حقوق والتزامات طرفيه¹. والأمثلة كثيرة في هذا المجال وسنتطرق لها في الفقرات الموالية.

وإذا كان المشرع المغربي قد اعتمد نفس المعيار المتبنى من قبل القانون الفرنسي، فقد اختلف عنه من حيث الأشخاص المشمولين بالحماية، المستهلكين فقط دون المهنيين، كما تميز عن التوجيه الأوروبي من حيث العقود، إذ لا يقتصر مجال الحماية على عقود الإذعان فقط وإنما هذا المجال يشمل كل العقود كيفما كان شكلها وتسميتها وطريقة إبرامها. ولهذا نصت المادة 15 من تدابير حماية المستهلك 31.08 على أنه "يعتبر شرطا تعسفيا... كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك". ويظهر من خلال هذه الفقرة أنه للقول بوجود شرط تعسفي لابد أن يكون هذا الأخير قد خلق اختلالا كبيرا بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك، وبالتالي فإن معيار التعسف هنا هو وجود اختلال كبير في توازن العقد الاستهلاكي، وهو ما يقتضي إجراء موازنة بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد من أجل تقدير الاختلال الذي قد يخلقه هذا الشرط، فإذا كان الشرط يرجح كفة المورد من خلال تخفيف التزاماته مقابل إثقال كاهل المستهلك بالتزامات ليس لها مقابل، فأنا نكزن أمام شرط تعسفي يجب استبعاده. وقول المشرع "...على حساب المستهلك" يبرز أن المشرع يسعى إلى الوقوف فقط بجانب الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وهو المستهلك الذي يكون دائما ضحية ضعفه، أما إذا اختل التوازن العقدي لفائدة المستهلك لسبب من الأسباب، فإننا لا نكون لا أمام شروط تعسفية بالمعنى الوارد في المادة 15 من القانون.

ويظهر من خلال هذه المادة أيضا، أن تحديد الطابع التعسفي لا ينظر إليه من خلال الشرط في حد ذاته بل من خلال الاقتصاد العام للعقد، وعلى هذا الأساس، فإن طبيعة الشرط تختلف بحسب الحالات والظروف التي أدرج فيها، بحيث يكون تعسفيا أو صحيحا بحسب ما إذا كان المستهلك قد توصل بمقابل فعلي أم لا، وبالتالي فإن خضوع بعض شروط العقد أو شرطا مستقلا لمفاوضات فردية لا يسمح بإبعاد تطبيق المادة 15 على باقي العقد إذا كان التقدير

1 - عمر محمد عبد الباقي، م. س، ص 405.

الكلي يسمح باستنتاج أن هذا الأخير يتضمن اختلالاً في التوازن. ومع ذلك فإن الاختلال يجب حسب المادة 15 أن يكون كبيراً (significatif)، وبالتالي إذا كان الاختلال بسيطاً فهو يكون مقبولاً ولا يؤخذ به ويعتبر الشرط صحيحاً¹.

خلاصة القول إذن، فالمعيار المتبنى من قبل القانون 31.08 هو معيار موضوعي يتمثل في الاختلال الواضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد، فلا أهمية للقوة الاقتصادية، ذلك أن وجود هذه القوة مفترض في عقود الإذعان، وبالتالي فالمستهلك لا يطالب بإثبات هذا العنصر. لكن متى يمكن القول بأن الاختلال في التوازن كبير؟ أي كيف يمكن تقدير الاختلال الكبير بين حقوق والتزامات الطرفين في العقد؟

تجدر الإشارة بداية إلى أن اختلال التوازن يجب ألا ينظر إليه من الناحية الحسابية والكمية (quantitative) المحضنة من خلال الموازنة بين حقوق وواجبات الأطراف لتحديد مدى الاختلال في التوازن داخل العقد، وإنما يجب أن يقوم تقديره من الناحية الكيفية (qualitative) من أجل البحث في وجود اختلال في التوازن من عدمه². وبصيغة أخرى، فإن التوازن ليس بالضرورة أن تكون الميزة الناتجة عنه ذات طابع مالي. ولكن في الحقيقة أكثر من ذلك، بحيث يمكن أن يمس التعسف أحد الحقوق الأساسية للمستهلك، كالحق في الاختيار والحق في الاختلاف والحق في الحرية التعاقدية، والحق في احترام الحياة الشخصية للأفراد³. ونظراً لصعوبة المهمة التي أناطها المشرع المغربي بالقاضي، فقد أعطاه بعض المؤشرات التي تساعد على تحديد هذا الاختلال بصدد بحثه عن طبيعة الشرط التنازع فيه، وهو ما تطرقت إليه المادة 16 من قانون 31.08 بنصها على ثلاثة مؤشرات وهي⁴:

¹ - أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، م. س، ص 236.

² - عبد الكريم عباد، دور القضاء في حماية المستهلك، مداخل في أشغال اليوم الدراسي حول: حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه، 14 مارس 2013، كلية الحقوق، سطات، ص 115.

³ - زكرياء خليل، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد المزدوج 11-12، 2016، ص 24.

⁴ - المادة 16: دون الإخلال بقواعد التأويل المنصوص عليها في الفصول من 461 إلى 473 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، يقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط بالرجوع وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد. ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين ببعضها ببعض من الوجهة القانونية.

1: الأخذ بعين الاعتبار طبيعة السلع أو الخدمات التي تكون محل العقد.

2: أن يكون تقدير هذا الطابع التعسفي في وقت إبرام العقد. وهي نقطة مهمة تحسب للمشرع المغربي، إذ أن بعض الشروط يظهر التعسف فيها في مرحلة إبرام العقد وهو ما يطلق عليه بعض الفقه "الشروط التعسفية بذاتها"، وبالتالي فلا يجب الانتظار حتى ينتج الشرط التعسفي آثاره أثناء تنفيذ العقد حتى يمكن المنازعة فيه، الأمر الذي يظهر الطابع الوقائي لهذه الحماية¹، بحيث يدفع ذلك المهني للالتزام الشفافية والتوازن في صياغة شروط العقد.

3: في حالة وقوع غموض حول مدى تعسفية شرط ما من عدمه، يمكن للقاضي الرجوع إلى جميع الظروف المحيطة بمرحلة إبرام العقد والتي أدت إلى اختلال كبير في التوازن، وكذلك الرجوع إلى كل الشروط الأخرى الواردة في العقد أو في عقد آخر عندما يكون هناك ارتباط بين العقدين المذكورين².

ثانياً: تحديد لائحة للشروط التعسفية

وضع المشرع المغربي، من خلال المادة 18 من القانون 31.08 لائحة غير حصرية للشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية، حيث جاء فيها أنه " مع مراعاة تطبيق النصوص التشريعية الخاصة أو تقدير المحاكم أو هما معاً، وعلى سبيل المثال لا الحصر، تعتبر الشروط تعسفية إذا كانت تتوفر فيها شروط المادة 15 ويكون الغرض منها أو يترتب عليها..."، واضح إذن أن الشروط الواردة في هذه المادة لا تعتبر تعسفية في ذاتها، بل يجب إخضاعها لمعيار الموازنة الوارد في المادة 15 السالف ذكرها. وبالتالي نلاحظ أن المشرع المغربي لم يعتمد لائحة الشروط الممنوعة بصفة مطلقة، كما هو الحال في ألمانيا وجزئياً في فرنسا، أي ما يسميه الفقه "باللائحة السوداء"³، بل نص فقط على وجود "لائحة رمادية" للشروط التي قد تعتبر تعسفية.

¹ - غيثة دكراوي، م. س، ص 261.

² - غيثة دكراوي، المرجع نفسه، ص 262.

³ - J.C AULOY, F. STEINMETZ, Droit de la consommation, 7ème éd, Dalloz, 2006, p.213

ويفسر بعض الفقه¹ تجنب المشرع المغربي وضع لائحة شروط تعسفية لذاتها، لكونه تنبه للتناقض الذي يمكن أن تثيره اللائحة السوداء مع التعريف الذي أعطاه للشرط التعسفي في المادة 15، لأن إصدار لائحة سوداء لا يستقيم بتاتا مع الشروط التي تتطلبها هذه المادة في الشرط التعسفي، والذي يفرض وجود اختلال كبير بين حقوق وواجبات الأطراف، بما يتطلبه ذلك من مراعاة مجموع العقد لتحديد طبيعة شرط معين أي اعتباره تعسفيا أم لا، وهذا بطبيعة الحال لا يتماشى مع وضع لائحة سوداء تحتوي شروطا تعتبر تعسفية في جميع الأحوال.

وبالرجوع إلى اللائحة الرمادية² المعتمدة في المادة 18 فهي تتمثل في الشروط التي يكون الغرض منها أو يترتب عليها ما يلي:

1. إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته.
2. احتفاظ المورد بالحق في أن يغير من جانب واحد خصائص المنتج أو السلعة المزمع تسليمها أو الخدمة المزمع تقديمها.
3. إعفاء المورد من المسؤولية القانونية أو الحد منها في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة تصرف أو إغفال من المورد.
4. إلغاء حقوق المستهلك القانونية أو الحد منه بشكل غير ملائم إزاء المورد أو طرف آخر في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من لدن المورد لأي من الالتزامات التعاقدية بما في ذلك إمكانية مقاصة دين للمورد على المستهلك بدين قد يستحقه هذا الأخير على المورد.
5. التنصيص على الالتزام النهائي للمستهلك في حين أن تنفيذ التزام المورد خاضع لشرط يكون تحقيقه رهينا بإرادته وحده.
6. فرض تعويض مبالغ فيه أو الجمع بين عدة تعويضات أو جزاءات عند عدم وفاء المستهلك بالتزاماته.

1 - أبو بكر مهم، م. س، ص 240.

2 - القانون الإنجليزي لحماية المستهلك الصادر سنة 2015 انص على 19 نوعا من الشروط التي يسميها "غير العادلة" (Unfair contract terms)، وهي تنطبق على السلع المادية والخدمات وكذلك ذات المحتوى الرقمي.
- للمزيد انظر: عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، م. س، ص 420-424.

7. تخويل المورد الحق في أن يقرر فسخ العقد إذا لم تمنح نفس الإمكانية للمستهلك، والسماح للمورد بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة برسوم خدمات لم ينجزها بعد عندما يقوم المورد نفسه بفسخ العقد.
8. الإذن للمورد في إنهاء العقد غير محدد المدة دون إعلام سابق داخل أجل معقول، ماعدا في حالة وجود سبب خطير.
9. تمديد العقد محدد المدة بصفة تلقائية في حالة عدم اعتراض المستهلك عندما يحدد أجل يبعد كثيرا عن انتهاء مدة العقد باعتباره آخر أجل ليعبر المستهلك عن رغبته في عدم التمديد.
10. التأكيد على قبول المستهلك بصورة لا رجعة فيها لشروط لم تتح له بالفعل فرصة الاطلاع عليها قبل العقد.
11. الإذن للمورد في أن يغير من جانب واحد بنود العقد دون سبب مقبول ومنصوص عليه في العقد ودون إخبار المستهلك بذلك.
12. التنصيص على أن سعر أو تعريفية المنتجات والسلع والخدمات يحدد وقت التسليم أو عند بداية تنفيذ الخدمة، أو تخويل المورد حق الزيادة في أسعارها أو تعريفتها دون أن يكون للمستهلك في كلتا الحالتين، حق مماثل يمكنه من فسخ العقد عندما يكون السعر أو التعريفية النهائية مرتفعة جدا مقارنة مع السعر أو التعريفية المتفق عليها وقت إبرام العقد.
13. تخويل المورد وحده الحق في تحديد ما إذا كان المنتج أو السلعة المسلمة أو الخدمة المقدمة مطابقة لما هو منصوص عليه في العقد أو في تأويل أي شرط من شروط العقد.
14. تقييد التزام المورد بالوفاء بالالتزامات التي تعهد بها وكلاؤه أو تقييد التزاماته باحترام إجراء خاص.
15. إلزام المستهلك بالوفاء بالتزاماته ولو لم يف المورد بالتزاماته.
16. التنصيص على إمكانية تقوية العقد لمورد آخر إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى تقليص الضمانات بالنسبة إلى المستهلك دون موافقة منه.

17. إلغاء أو عرقلة حق المستهلك في إقامة دعاوى قضائية أو اللجوء إلى طرق الطعن، وذلك بالحد بوجه غير قانوني من وسائل الإثبات المتوفرة لديه أو إلزامه بعبء الإثبات الذي يقع عادة على طرف آخر في العقد، طبقاً للقانون المعمول به.

ومع أن هذه الشروط تتضمن قرينة على أنها تعسفية، إلا أنها تبقى قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها كما يظهر ذلك من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 18¹. وهو ما يدعمه Ghestin الذي يرى عدم فعالية تحديد لائحة للشروط التعسفية لأن تطور التكنولوجيا وتقنيات التوزيع ومكر المهنيين، وبالتالي فهو يرى الحل في تبني النموذج الألماني الذي يضع قاعدة عامة تضبط مفهوم الشروط التعسفية².

أما جزاء الشرط التعسفي فقد حددته المادة 19 في اعتباره باطلاً ولاغياً³، وبالتالي فالقاضي يقوم بإزالته وبتره من العقد بين أطرافه، إذا كان بالإمكان بقاءه دون ذلك الشرط التعسفي الملغى وهو ما يعرف بنظرية انتقاص العقد، وإلا يصرح ببطلان العقد برمته وآثاره⁴. وهكذا يكون المشرع قد تدخل مباشرة لضمان شفافية شروط العقود الاستهلاكية. لكن إذا لجأ المهني إلى مثل هذه الشروط التعسفية، فما الجزاء المترتب عن ذلك؟

الفقرة الثانية: الجزاء المترتب عن الشرط التعسفي

كلما تضمن العقد الاستهلاكي شرطاً تعسفياً من النوع الذي تنطبق عليه مواصفات الشروط التعسفية على التفصيل السابق، إلا وكان مصير هذا الشرط هو البطلان مع بقاء العقد على حالته الأصلية، وذلك طبقاً لمضمون المادة 19 ق. ح. م التي نصت أنه: "يعتبر باطلاً ولاغياً الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك. تطبق باقي مقتضيات

¹ - الفقرة الأخيرة من المادة 18 ق. ح. م: "في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن شرطاً تعسفياً، يجب على المورد الإدلاء بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع".

² - J. Ghestin, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens, in : La protection de la partie faibles dans les rapports contractuels, op. cit, p. 49.

³ - المادة 19 ق. ح. م: "يعتبر باطلاً ولاغياً الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك. تطبق باقي مقتضيات العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائماً بدون الشرط التعسفي المذكور".

⁴ - أبو بكر مهم، م. س، ص 243.

العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائما بدون الشرط التعسفي المذكور". وهو نفس ما تبناه المشرع الاستهلاكي المصري، حيث جاء في المادة 28 من القانون رقم 181 لسنة 2018¹ التي جاء فيها أنه: "يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأنه خفض أي من التزامات المورد الواردة بهذا القانون أو لائحته التنفيذية أو إعفاؤه منها".

إلا أن هذا البطلان أثار كثيرا من الجدل حول طبيعته القانونية فيما إذا كان بطلانا مطلقا أو نسبيا، وفيما إذا كان للدعوى الناشئة عنه علاقة بالنظام العام أو لا؟²

ورغم الاختلاف الحاصل بخصوص هذه المواضيع إلا أن هناك شبه إجماع على أن هذا البطلان من النوع الذي له علاقة بالنظام العام، وهذا الموقف هو الذي أخذ به القانون 31.08 في مادته 20 التي اعتبرت أحكام القسم الثالث المتعلق "بحماية المستهلك من الشروط التعسفية" من النظام العام³.

أما عن مسألة اقتصار البطلان على الشرط التعسفي دون العقد الذي يرتبط به، فإنها تتسجم مع المبادئ القانونية العامة التي تقضي بأن "إعمال الكلام خير من إهماله"، و "أن الضرر يزال"، ومادام بالإمكان فصل الشرط التعسفي عن العقد الصحيح الذي يرتبط به فلا داعي لإبطال مفعول هذا العقد. لكن هنا بعض الحالات التي يتم الاقتصار فيها على تعديل مضمون هذا الشرط دون إبطاله مثل العقود المرتبطة بشروط جزائية تعسفية، وهو ما يحيلنا إلى الفصل 264 ق. ل. ع⁴، والدور الخلاق للقضاء المغربي في هذا السياق منذ صدور القرار المبدئي عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) بتاريخ 10 أبريل 1991 الذي خول فيه لمحكمة الموضوع تعديل الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه⁵. وقد تواترت الاجتهادات القضائية التي تصب في هذا الاتجاه الذي كان له تأثير إيجابي في حمل المشرع المغربي على إضافة فقرة ثانية للفصل 264 ق. ل. ع تمن القاضي من ممارسة دوره في تفسير مضمون الشرط الجزائي،

1 - قانون رقم 181 لسنة 2018 بإصدار قانون حماية المستهلك. ج. ر، العدد 37 (تابع) في 13 سبتمبر سنة 2018.

2 - عبد القادر العرعاري، م. س، ص 220.

3 - المادة 20 من القانون 31.08: "تعتبر أحكام هذا القسم من النظام العام".

4 - وهو ما سنفصله لاحقا في سياق دور القضاء في دعم شفافية العقد الاستهلاكي.

5 - عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، 2003، ص 129.

وبذلك يلتحق المشرع المغربي بركب التشريعات الحديثة الذي أقرت نفس الأمر ضمانا لشفافية بنود العقد الاستهلاكي¹.

¹ - عبد القادر العرعاري، م. س، ص 222.

الفرع الثاني: معايير الشفافية في عقود الاستهلاك

عندما يصبح الربح هدفا ساميا يسكن الأفراد ويسعون إليه بأي ثمن، فإنه يصبح شرا كونه يؤدي إلى سيادة التلاعبات والتجاوزات، فانتصار منطق الربح والمال يعني التضحية بمصالح المستهلك وعلى رأسها حقه في عقد شفاف بشروط واضحة والتزامات متبادلة مضبوطة، وهو ما تحاول القوانين المؤطرة الوصول إليه، وهنا نتساءل عن معايير الشفافية في عقود الاستهلاك، أي متى يمكننا القول باحترام المهني للشفافية المطلوبة في تعاقد مع المستهلك؟

للقوف على مدى حضور الشفافية في عقود الاستهلاك سواء تعلق الأمر بالسلع أو الخدمات، نعتقد أن قياس مستوى التزامه بمطابقة السلعة المسلمة أو الخدمة المقدمة لما تم التعاقد بشأنه لكفيل بأن يعكس حقيقة اعتماد الشفافية في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية، ذلك لكون المستهلكين يتوجسون دائما من اقتناء سلع معيبة أو خدمات آمنة وغير مطابقة لانتظاراتهم. عمليا فتفوق المهنيين تقنيا وماديا يدفع بعضهم لعرض سلع مشكوك فيها في الأسواق، والتي من شأنها أن تجعلها غير صالحة لما أعدت له بل وقد تشكل خطرا على السلامة الجسدية للمستهلك (المبحث الأول).

ويشكل احترام المهني لحق المستهلك في التراجع عن تعاقدته عن بعد المعيار الثاني الهام الذي يبين لنا مدى ثقة المهني في شفافية معاملاته وجودة سلعه أو خدماته، فإذا كان المشرع قد قرر للمستهلك حق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، إنما فعل ذلك استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد¹، وهو يهدف بصفة أصلية إلى حماية رضا المستهلك وتنقيته مما قد يلحق به من عوامل المجازفة التي تفضي إلى الندم، ويكون ذلك من خلال منحه مهلة إضافية للتروي والتدبر في أمر العقد الذي أبرمه، درءا للأخطاء التي تلحق به نتيجة تسرعه في التعاقد، خاصة مع ما تتميز به المعاملات الحالية من وسائل إغراء وجذب². (المبحث الثاني).

1 - عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 101.

2 - أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1994، ص 85.

المبحث الأول: التزام المهني بضمان العيب وعدم المطابقة كمعيار لشفافية العقد

المطابقة لغة هي كل ما يتوافق كلياً مع شكل شيء يؤخذ كنموذج أو كل ما يتلاءم جيداً مع شيء آخر أو ما يستجيب لمتطلبات قاعدة أو معيار¹. وهكذا فإن تسليم شيء يتطابق مع ما سبق للمهني أن عرضه على المستهلك كعينة أو نموذج أو تقديم شيء يتطابق مع ما تم الاتفاق عليه أو يكون مطابقاً للمقتضيات القانونية الجاري بها العمل وفي الغرض الذي خصص له عادة، يعتبر التزاماً بالمطابقة ودليلاً على شفافية العلاقة التعاقدية الاستهلاكية. ومن ثم، يعتبر معيار المطابقة مقياساً لتقدير مدى شفافية العقد الاستهلاكي، أي كلما تطابقت مواصفات السلع والخدمات مما تم الاتفاق عليه أثناء توقيع العقد، إلا وكان العقد المعني شفافاً، وبالتالي فدرجة شفافية عقد ما تبقى رهينة بدرجة تطابق الالتزام وانتظارات المستهلك².

وعلى الرغم من أن النصوص التي تطرقت إلى هذا الالتزام بالمطابقة لم تكلف نفسها عناء إعطائه تعريفاً محدداً بما في ذلك اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المعروفة باتفاقية فيينا والصادرة في 11 أبريل 1980، وكذلك التوجيه الأوروبي الصادر في 25 ماي 1999 المتعلق ببعض أشكال البيع وضمانات السلع الاستهلاكية، مكتفية في ذلك باستعراض حالات المطابقة أو عدم المطابقة، فإن توفير حماية حقيقية للمستهلك، تقتضي تحديد هذا الالتزام بالمطابقة تحديداً دقيقاً، وتكريسه بشكل صريح باعتباره وسيلة وقائية ومعياراً من معايير شفافية العقد الاستهلاكي، وهو ما يتطلب طبعاً تقرير التزام عام بالمطابقة يقع على عاتق المهنيين يفرض عليهم تجنب تسليم منتجات أو تقديم خدمات لا تستجيب لما تعاهد حوله المستهلك³.

وتجدر الإشارة إلى أن إلى أن مفهوم المطابقة لا يقتصر على ما يشترطه المتعاقدان في تعاقداتهم، وإنما يمتد ليشمل أيضاً ما يقرره المشرع من أحكام في هذا الشأن، حماية منه لمصالح المستهلكين في الحالات التي يرى فيها عجزهم عن الاتفاق على وجود بعض المواصفات في السلع والخدمات التي لا يمكن إشباع رغباتهم الني من أجلها أقبلوا على التعاقد

¹ - Le petit Larousse illustré, 1998, p. 2475. Mot : conforme.

² - Jean- louis FOURGOUX, Les obligations spécifiques du vendeur professionnel, in : Revue de Jurisprudence Commerciale, vente éclatée, op. cit, p. 45.

³ - أبو بكر مهم، حماية المستهلك من الأضرار الناجمة عن المنتجات المعروضة في السوق، بين تشديد التزامات المهنيين وفعالية مراقبة الدولة، الطبعة الأولى، 2018، دار الأفاق المغربية، الدار البيضاء، ص 17.

إلا بتوافرها. ولهذا فمضمون المطابقة للمواصفات يختلف باختلاف صورها. فقد يحدث أن يقتني المستهلك سلعة أو بضاعة من السوق، فيفاجأ بعد مدة من استعمالها بتعطّلها بسبب عيب يمنعه من الانتفاع منها، وهو ما يجعله يبحث عن الوسائل التي يوفرها له القانون لحمل البائع على إرجاع الأور إلى نصابها وتفرض عليه تسليم المشتري مبيعاً مطابقاً لما ينتظره ويستجيب لما هو مخصص له عادة، فلا يجب أمامه إلا مقتضيات الضمان المتمثلة في الفصول من 549 إلى 575 من ق. ل. ع ، التي يحيله عليها قانون تدابير حماية المستهلك في مادته 65، والتي تجعل البائع ضامناً لعيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصاً محسوساً أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له¹.

ولهذا سنتطرق في هذا المبحث للضمان القانوني (المطلب الأول) ثم الضمان الاتفاقي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضمان القانوني (ضمان العيوب الخفية)

لا يقتصر العقد الاستهلاكي في جوهره على مجرد النقل المادي لملكية المنتج أو الخدمة إلى المستهلك، بل يتجاوزه إلى ضرورة تحقيق الجدوى الاقتصادية التي تغياها من وراء إبرامه العقد، وتتمثل هذه الجدوى في وجوب تمكينه من حيازة المحل حيازة مفيدة من شأنها أن تستجيب للغرض الذي أعد له المنتج أو الخدمة، بما يستوجب ذلك من وجوب خلوه من العيوب التي قد تنقص من قيمته، وتبعاً لذلك حرمان المستهلك من المنفعة التي قصدتها زمن التعاقد، ومن هذا المنطلق برزت فكرة الضمان التي توارثتها التشريعات منذ القدم. ونتيجة للتطور العلمي الهائل الذي أدى إلى ظهور العديد من المبتكرات والاختراعات في شتى المجالات وبالتالي منتوجات جديدة، الأمر الذي وضع المستهلك في موقف حرج².

1 - عبد القادر العرعاري، ضمان العيوب الخفية في عقد البيع وفقاً لقانون الالتزامات والعقود المغربي، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، 1996، ص 21.

2 - عز الدين كريم، ضمان العيب والصفة الخطرة في البئوع الاستهلاكية - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2013-2014.

ومنه، فسنتناول هذا المطلب من خلال فقرتين، (الأولى) سنخصصها لمضمون الضمان وشروطه، أما (الثانية) فسنناقش فيها مدى كفاية ضمان العيوب الخفية لتوفير الشفافية.

الفقرة الأولى: مضمون الضمان وشروطه

يعد ضمان العيوب الخفية وسيلة جيدة في يد المشتري (المستهلك) لإلزام البائع بتسليم مبيع مطابق للمواصفات التي تم الاتفاق عليها والتي تستلزمها الأعراف وطبيعة التعامل¹. وبالرغم من أن النصوص المتعلقة بدعوى ضمان العيوب الخفية لم تتغير، إلا أن القضاء قد طوعها لخدمة أهداف حماية المستهلك. والأصل أن ضمان العيوب الخفية يتعلق بكل عقود البيع بدون تمييز وبغض النظر عن صفة المتعاقد مع البائع، فيستوي في ذلك أن يكون المشتري مستهلكا أو أي شخص آخر.

وينشأ التزام البائع بضمان العيوب الخفية وفقا للنصوص الحالية، في حالة وجود عيب خفي بالمبيع يؤدي إلى عدم صلاحيته للأغراض التي أعد من أجلها أو المتفق عليها أو إلى إنقاص قيمة هذا المبيع، ويفترض التزام البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع وفقا للنصوص الواردة في القانون المغربي، أن يكون العيب خفيا، لأنه إذا كان ظاهرا فإن ظهوره قرينة دامغة على أن المشتري قد قبله، وبالتالي لا يمكن أن يتضرر من وجوده بعد إبرام العقد.

فالفصل 549 ينص على أنه: " يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد. أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من القيمة أو الانتفاع، والعيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، فلا تخول الضمان. ويضمن البائع أيضا وجود الصفات التي صرح بها أو التي اشترطها البائع".

فالعيب في المنتج يمكن أن يعرف تعريفا ماديا، بأنه العيب الذي يتلف الشيء أو يلحق به الهلاك، ويمكن أن يعرف تعريف وظيفيا، أي العيب الذي يصيب الشيء في أوصافه أو في خصائصه بحيث يجعله غير صالح للاستعمال المحدد له، فهو تقريبا لا يختلف في التعريف

¹ - المواد من 1641 إلى 1649 من القانون المدني الفرنسي.

عن العيب في الشيء. وقد يجد العيب في المنتج مصدره عند تصميمه وتكوينه، أو في عملية تصنيعه كأن يتم إغفال أو عدم مراعاة الأصول التقنية اللازمة عند صناعة المنتج، وقد يكون العيب أيضا إذا لم تراعى في تصميمه أو تركيبه أو إعداده للاستهلاك أو حفظه، أو تعبئته أو طريقة عرضه أو طريقة استعماله أو عدم اتخاذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر أو للتنبيه إلى احتمال وقوعه¹. وقد ربط المشرع المغربي المنتج المعيب بثلاثة شروط حتى يتحقق الضمان المطلوب، وهي:

أولاً: أن يكون العيب مؤثراً (Le vice doit être grave)

العيب المؤثر هو الذي يصل إلى حد من الجسامة بحيث لو علم به المشتري لما أقدم على الشراء أصلا أو أنه كان ليتفاوض وفقا لشروط أخرى².

ومن خلال الفقرة الأولى من الفصل 549 المشار إليها أعلاه، يتبين أن شرط التأثير في الشيء المبيع يخص جانبيين وهما: إما منفعة الشيء المبيع والتي عبر عنها المشرع بـ "عدم صلاحية الشيء المبيع للاستعمال فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد"، وإما التأثير المحسوس في قيمة الشيء المبيع، وغني عن البيان أن توفر أحد وجهي شرط التأثير هذا، يغني عن توفر وجهه الثاني.

أ - التأثير في المنفعة

ويقصد به عمليا عدم صلاحية الشيء للاستعمال في الغرض المخصص له³، مما يحول دون تحقيق الفائدة المخصص لها هذا الشيء، وهو نفس التحديد الذي اعتمده كلا من المشرع المغربي في الفصل 549 ق. ل. ع، والمشرع الفرنسي في الفصل 1641 من القانون المدني، وهو ما ذهب إليه Ghestin حيث اعتبر الشيء المبيع يتضمن عيبا إذا لم

1 - حساني علي، م. س، ص 237.

2 - عبد القادر العرعاري، م. س، ص 66.

3 - عبد الرحمن الشرقاوي، قانون العقود المسماة، الكتاب الأول، العقود الناقلة للملكية، عقد البيع، سلسلة البحوث والدراسات القانونية المعمقة، العدد الثاني، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 196.

يكن سليما. فالمنفعة المقصودة حسب الفصل 549 ق. ل. ع تتحدد وفق ضابطين: التأثير في منفعة المبيع حسب طبيعة الشيء ذاته وبمقتضى العقد¹.

ب - التأثير في القيمة

لقد اشترط المشرع المغربي أن يكون هناك تأثير في قيمة الشيء المبيع بحيث ينتقص من قيمته، وأن يكون ذلك محسوسا، وإلا لا مجال للضمان إذا كان النقص يسيرا.

وهذا ما اتجه إليه المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في أحد قراراته، حيث جاء في إحدى حيثياته: "...مجرد ثبوت عيب خفي في السيارة المبيعة ولو بإقرار منتجها، غير كافية لقيام ضمان البائع. إذ أنه من بين الشروط الموضوعية المتعلقة بجوهر العيب، أن يكون مؤثرا بحسب مدلول الفصل 549 ق. ل. ع، فإذا لم ينقص العيب من قيمة الشيء المبيع أو من الانتفاع به إلا نقصا يسيرا ولم يجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له بحسب طبيعته، فإن الضمان لا يتحقق..."².

ثانياً: أن يكون العيب قديماً (antérieur à la vente)

ليكون العيب قديماً يخول الرجوع على البائع يلزم أن يكون موجوداً بالمبيع في الوقت الذي كان فيه بيد البائع، إذ بمجرد انتقال الملكية للمشتري يتحمل هذا الأخير تبعه هلاك الشيء، وكل ما يطرأ عليه من عيب أو تغيير. فالفرضيات التي تحيط بقدر العيب أربعة، فهو إما:

- أن يكون موجوداً بعد البيع وبعد التسليم.
- أن يكون موجوداً وقت البيع أو قبله وبقي إلى وقت التسليم.
- أن يكون موجوداً بعد البيع وقبل التسليم وبقي إلى وقت التسليم.
- أن يكون وجوده محققاً أو مفترضاً وقت البيع أو قبله ولم يتحقق ظهوره إلا بعد التسليم.

¹ - عبد القادر العرعاري، م. س، ص 69.

² - قرار محكمة النقض عدد 1306، بتاريخ 2011/11/3، ملف عدد 2010/306، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، ع. 75، ص 197.

وبالرجوع إلى الفصلين 552 و 554 من ق. ل. ع، اللذين يجبيان على الفرضيات المذكورة، نستنتج أن المشرع المغربي أقام تمييزا واضحا على أساس وقت انتقال الملكية، ولما كان انتقال هذه الأخيرة يختلف بين ما إذا كان المبيع من القيميات أو المثليات:

ففي الحالة الأولى تنتقل الملكية حين العقد حسبما تقضي به الفصول 491 و 492 و 493 من ق. ل. ع، وفي الحالة الثانية لا تنتقل إلا بعد فرز المبيع حسب الفصل 494 ق. ل. ع، فإن البائع لا يضمن إلا العيوب التي كانت موجودة قبل ملكية المبيع إلى المشتري، أي إما حين أو قبل البيع بالنسبة للشئ القيمي وحين أو قبل التسليم بالنسبة للشئ المثلي. وبالتالي، ففي الفرضية الأولى لا مجال للضمان، أما الثانية فالضمان ثابت بالنسبة للحاتين معا، وأما الثالثة فالضمان يثبت في حالة ما إذا كان الشئ مثليا ويرتفع في حال ما إذا كان الشئ قيميا، لأن الملكية في الحالة الأولى لم تنتقل بعد، عكس الثانية التي تكون فيها الملكية قد انتقلت إلى المشتري¹. في حين الفرضية الرابعة، ومفادها أن العيب قد لا يتحقق دفعة واحدة أو قد لا يظهر إلا بعد انتقال الملكية إلى المستهلك بزمن معين، في حين أن أصل العيب ومسبباته قد تكون موجودة قبل التسليم لكنها غير بادية. فهذه الفرضية بدأت تتعاطم نظرا للتقدم التكنولوجي وأساليب الإنتاج وما أصبح يكتنف السلع والمنتجات من تعقيد ودقة².

وبالرجوع إلى قانون الاستهلاك الفرنسي، نجد المادة 7-217 L تنص على أن "عيوب المطابقة التي تظهر داخل أجل 24 شهرا ابتداء من تاريخ تسليم السلعة تعتبر موجودة لحظة التسليم، إلا إذا ثبت العكس. يمكن للبائع أن يثبت عكس هذه القرينة إذا لم تكن هذه الأخيرة تتوافق مع طبيعة السلعة أو عيب المطابقة المحتج به"، بل إن المشرع الفرنسي بموجب التعديل الذي لحق المادة المذكورة في 17 مارس 2014 عمل على الرفع من هذا الأجل إلى أربعة وعشرين شهرا بخصوص السلع الجديدة وستة أشهر بالنسبة للسلع المستعملة (occasion)³.

1 - عادل بتكمنتي، ضمان العيب في عقود الاستهلاك، بحث لنيل شهادة الماستر، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، الموسم الجامعي 2014-2015، ص 54.

2 - الفصل 554 أعطى حلا معقدا لهذه الفرضية، حيث ألزم المستهلك بمجرد ظهور العيب بإثبات حالته بواسطة السلطة القضائية أو الخبراء المختصين وبحضور المورد أو ممثله، وإلا فعلى المستهلك إثبات أن العيب يرجع إلى وقت التسليم.

3 - عادل بتكمنتي، م. س، ص 55.

أما المشرع المغربي فحددها حسب المادة 65 من القانون 31.08، في سنتين بعد التسليم بالنسبة للعقارات وسنة واحدة بعد التسليم بالنسبة للمنقولات. وذلك خلافا للأجال الواردة في المادتين 553 و 573 من ق. ل. ع وهو ما يعتبر توسيعا لمدة الضمان لمصلحة المستهلك.

ثالثا: أن يكون العيب خفيا (doit être caché)

العيب الموجب للضمان هو الذي يكون خفيا، أما إذا كان ظاهرا لا يستعصي عن الملاحظة السليمة، فإنه لا يخول الرجوع على البائع، على اعتبار أنه لا يعدو أن يكون نقیصة عادية أو ضربا من ضروب رداءة المبيع، وفي هذه الحالة يتم الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة على هذا الأساس¹.

ولئن كانت القاعدة تقض بأن العيب الظاهر vice apparent لا يستوجب الضمان كأصل عام، إلا أنه وبصورة استثنائية يمكن أن يكون محلا للضمان وذلك في الحالتين التاليتين:

1- إذا أكد البائع للمشتري خلو المبيع من كل عيب واطمأن المشتري لتصريح البائع، فلم يتحمل عناء فحص المبيع، ففي هذه الحالة ومعاملة للبائع بنقيض قصده، يبقى ملزما بالضمان ولو كان العيب مما يسهل اكتشافه، وقد أشار إلى ذلك الفصل 570 ق. ل. ع: "يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يستطيع بسهولة أن يعرفها بسهولة إذا صرح بعدم وجودها".

2- في العقارات المبنية (immeubles et bâtiments à construire) حيث لا يقتصر الضمان على العيوب الخفية فحسب، بل يشمل الظاهر كذلك، ويدخل في ذلك الاعوجاج الخارجي للبناء، وكل ما من شأنه أن يؤثر على الفن المعماري الذي يتطلبه السكن المريح وقواعد البناء².

لكن التمييز بين العيب الخفي والعيب الظاهر يستدعي وضع معيار لضبط الحد الفاصل بينهما، ويعتمد الفقه معيارين:

1 - عبد القادر العرعاري، م. س، ص 81.

2 - عبد القادر العرعاري، المرجع نفسه، ص 82.

-المعيار الذاتي: يتحدد بموجبه العيب الخفي بناء على النظر لكل حالة على حدة، أخذا بعين الاعتبار طبيعة العيب وظروف تسلم المبيع وطبيعة محل البيع، والنظر إلى الإمكانات والمؤهلات التقنية الخاصة بالشخص المتعاقد ومقارنتها بدرجة ظهور العيب، ومن ثم معرفة هل كان بإمكانه في تلك الحالة وبذلك المؤهلات أن يكشف العيب أم لا. وهو ما يعني أن يكون نفس العيب ظاهرا لشخص ما متعاقد وخفيا بالنسبة لمتعاقد آخر. وبالتالي فهذا المعيار فعال بخصوص التفرقة بين المشتري المحترف الذي يتعاقد في إطار نشاطه المهني أو التجاري، والمشتري العادي الذي يتعاقد من أجل حاجاته الشخصية أو العائلية¹.

-المعيار الموضوعي: هذا المعيار لا يعير أدنى اهتمام لشخص المشتري، إذ غايته هي استقرار المعاملات، ولا يكون ذلك إلا بتساوي الفرص أمام الأفراد فيكون العيب خفيا أو ظاهرا وفقا لإمكانات الرجل العادي متوسط الخبرة، فإذا كان بإمكانه التوصل إليه بالفحص المعتاد فهو مقصر ومهمل، وبالتالي فهو يتحمل وزر إهماله².

وبالرجوع للفصل 569 ق.ل.ع، فالمشرع المغربي يمزج بين المعيارين معا، ويتضح ذلك من خلال الفصل 569 في ضوء الفصل 553 ق.ل.ع، ويرى الأستاذ محمد الشرقاوي، وعلى خلاف الأستاذ عبد القادر العرعاري، أن المشرع المغربي أخذ بالمعيار الشخصي ولا يرى أي ازدواجية في هذا الصدد. أما الفقه الفرنسي معتمدا على التوجه القضائي فيميل إلى الأخذ بالمعيار الشخصي.

ونعتقد أن الرأي الأخير يستحق التأييد، إذ أن الفصل 553 لا يدل حقيقة على المعيار الذي ينبغي الأخذ به، كما أن الحجة التي أسست عليها هذه الازدواجية وهي عبارة "أو كان المشتري قد منع لسبب خارج إرادته، من فحص الشيء المبيع" الواردة في الفصل 553 لا تسعف في القول بالمعيار الموضوعي، فالمقصود بهذه العبارة هو إقدام المشتري على فحص المبيع من عدمه، وليس مضمون هذا الفحص ومداه والذي يمكن أن يستشف من خلاله المعيار المعتمد، كما أن المعيار الشخصي يوفر شفافية أكثر للمستهلكين والذين غالبا ما تكون درجات

1 - عادل بتكمنتي، م. س، ص 52.

2 - عبد القادر العرعاري، م. س، ص 87.

الكفاءة والقدرات الشخصية لديهم متفاوتة. أما في قانون الاستهلاك الفرنسي، فلا يمكن للمستهلك الاحتجاج بعيب يعلمه أو ما كان ليجهله حين العقد وذلك حسب المادة 5-217 L.

الفقرة الثانية: مدى كفاية ضمان العيوب الخفية لدعم شفافية تنفيذ العقد الاستهلاكي

بالاستناد إلى ما سبق من تحليل للنصوص القانونية المرتبطة بالضمان في القانون المغربي والفرنسي فهناك العديد من الصعوبات التي تحد من شفافية قواعد الضمان، فدعوى ضمان العيوب الخفية إذن غير كافية.

فمن ناحية أولى، لا يمكن الاستفادة من هذا الضمان إلا إذا كان المبيع به عيب يؤثر على أداء الشيء لوظيفته، كذلك فإن ضمان العيوب الخفية لا يسمح بحماية المستهلك في مل حالات عدم مطابقة المبيع للمواصفات المتفق عليها، فدعوى ضمان العيب الخفي لن تقبل مثلا إذا ما كان المبيع من نوعية أقل درجة من النوعية المتفق عليها في العقد¹.

ومن ناحية ثانية، فإن رفع دعوى ضمان العيوب الخفية معدا بأن يتم خلال مدة قصيرة²، الأمر الذي قد تضيق معه غالبا فرصة اللجوء إلى القضاء، خصوصا وأنها تبدأ منذ تسليم المبيع بغض النظر عن علم المشتري بالعيب. ذلك أن المستهلك لا يتصور اللجوء إلى القضاء إلا بعد استنفاد كل سبل التفاوض مع البائع، فإذا بالمدة المتاحة رفع الدعوى خلالها تنقضي في تلك الأثناء، وبالرغم من أن بعض المحاكم الفرنسية تحاول التحايل على قصر المدة إما بافتراض بدئها من تاريخ علم المشتري بالعيب الخفي، أو باعتبار أن وجود العيب يعد إخلالا بالتزامات عقدية أخرى كالإخلال بالتزام بتسليم المبيع، إلا أن ذلك يظل في حكم الالتفاف حول المشكلة ولا يمثل اتجاها ثابتا في القضاء الفرنسي³.

كذلك فإن النتائج التي تؤدي إليها دعوى ضمان العيوب الخفية ليست متوافقة مع احتياجات المستهلك الحقيقية، فالمشتري لسيارة بها عيب خفي يضعف من كفاءتها أو يعطلها

¹ - J. Ghestin, Conformité et garantie dans la vente, L.G.D.J, 1983, p.207.

² - المادة 65 ق. ح. م.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، م. س، ص 472.

تماما عن الحركة لا يبحث عن فسخ عقد البيع أو إنقاص ثمن المبيع بقدر ما يبحث عن الحصول على سيارة تعمل بكفاءة، وهو ما لا تؤدي إليه دوما دعوى ضمان العيوب الخفية.

وأخيرا، فإن هناك صعوبات عملية أخرى كثيرة تواجه المستهلك، فالمشتري العادي لا يعرف عادة بوجود الالتزام بضمان العيوب الخفية، وحتى إن علم به فإنه يضطر إلى اللجوء إلى القضاء بما يعنيه ذلك من تكلفة ووقت يمنعه عادة من ذلك. بل إن إثبات وجود العيب الخفي ذاته يشكل عقبة كبيرة في مواجهة المستهلك الذي يلزمه القانون بإثبات وجود العيب وقت استلام المبيع، وكان من الأولى في ظل تطور حماية المستهلك، نقل عبء الإثبات على عاتق البائع بافتراض أن العيب موجود منذ تسلم المشتري للمبيع، لتجنيب المستهلك صعوبة الإثبات والنفقات التي قد تصاحبه¹.

المطلب الثاني: الضمان التعاقدي (الاتفاقي)

الأصل في قواعد الضمان للعيب أنها ثابتة بقوة القانون ولا حاجة إلى اشتراطها، غير لأنه ليس هناك ما يمنع البائع والمشتري من الاتفاق على خلافها، لكونها من القواعد المكملة لا الآمرة. والاتفاق على تعديل أحكام الضمان قد يكون بالتشديد فيه أو التخفيف أو استبعاده أصلا. ولنقد الضمان الاتفاقي أو التعاقدي بلغة قانون تدابير حماية المستهلك، يجب توافر شروط معينة تختلف باختلاف ما إذا كنا في نطاق الاحتراف أو خارجه، كما أن لسوء نية البائع دورا هاما في صحة أو عدم صحة الاتفاق على تعديل أحكام الضمان للعيب وذلك طبقا للفصل 574 ق. ل. ع².

وعليه، فسنتناول هذا المطلب من خلال فقرتين، نخصص (الفقرة الأولى) لماهية الضمان التعاقدي و(الفقرة الثانية) ومزاياه في العقود لاستهلاكية.

¹ - Civ, 18 mars. 1986, J.C.P, 1986, 15446.

² - الفصل 574 ق. ل. ع: "لا يحق للبائع سئى النية التمسك بدفوع التقادم المقررة في الفصل السابق. كما لا يحق له التمسك بأي شرط آخر من شأنه أن يضيق حدود الضمان المقرر عليه. ويعتبر سئى النية كل بائع يستعمل طرقا احتيالية ليلحق بالشئ المبيع عيوباً أو ليخفيها".

الفقرة الأولى: ماهية الضمان التعاقدى

المادة 66 من القانون 31.08 عرفت الضمان التعاقدى كما يلي: "يراد بالضمان التعاقدى كل ضمان يضاف إلى الضمان القانونى لعيوب الشيء المبيع المشار إليه في المادة 65 يمكن أن يقترحه المورد على المستهلك. يجب على المورد أن يحدد بكل دقة مدة ونطاق وشروط الضمان المذكور". فالضمانات التعاقدية كما يتضح من مسمائها، لا تقوم إلا باتفاق مسبق بين المنتج أو البائع وبين المشتري (المستهلك). ففي بيوع الأجهزة الكهربائية والمنزلية، نجد أن المشتري يتلقى مع الجهاز شهادة ضمان يلتزم بموجبها المنتج أو البائع بإصلاح الجهاز واستبدال الأجزاء التالفة فيه بدون مقابل في خلال فترة محددة (سنة مثلا) وبشروط معينة.

وإذا كان الفقه قد تصور في وقت مضى أن الضمانات الاتفاقية ليست إلا نوعا من التعديل والتوسع في الضمانات القانونية للعيوب الخفية، فإن استقلالية هذين النوعين من الضمانات أصبحت اليوم أمرا مسلما به. فالمشتري لا يكون ملزما بإثبات وجود العيب في المبيع في وقت سابق على الاستلام، كما أنه ليس مقيدا بأن يكون العيب خفيا، إذ يلتزم البائع بإصلاح العيب حتى ولو كان ظاهرا¹.

ويمكن الاعتقاد بأن الضمانات التعاقدية توفر حماية أوسع من الضمان القانونى، ولكنها لا تسقطه حسب ما جاءت به المادة 66 من القانون 31.08: "لا يجوز للمورد أن يقترح ضمانه التعاقدى على المستهلك دون الإشارة بوضوح إلى الضمان القانونى الذى يتحمله المورد عن العيوب والعيوب الخفية للشيء المبيع والذى يطبق في جميع الأحوال". بل وتضيف المادة 68 من نفس القانون أنه: "يجب أن يتحمل المورد مصاريف النقل أو الإرسال المترتبة على تنفيذ الضمان التعاقدى".

1 - عبد المنعم موسى إبراهيم، م. س، 473.

الفقرة الثانية: مزايا الضمانات التعاقدية

إذا كان الضمان القانوني هو واجب يقع على المهني بضمان سلامة المنتج من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له أو من أي خطر ينطوي عليه وهذا الأمر ينطبق على الضمان الاتفاقي، فالاختلاف هنا ليس في الهدف والغاية بل في أمور أخرى كالطبيعة القانونية والشكل وغيرها، وإذا رغبنا في تقدير جدوى هذا الضمان، فإننا نقول إن الضمان الاتفاقي يحقق عدة مزايا للمستهلك إلى جانب الضمان القانوني الذي يعتبر أصل كل ضمان¹.

ومن المزايا التي يتصف بها الضمان الاتفاقي ما يلي:

- الضمانات الاتفاقية تهدف إلى تقديم ضمان أنفع من الضمان القانوني الخاضع للأحكام العامة، فهي تبنى على اتفاق تحكمه إرادة الطرفين وبالتالي يصبح التزاما، وللأطراف الحرية التامة لإدراج أي بند يخدم مصالحهم لا سيما تجنيب المستهلك أي ضرر أو عيب ينطوي عليه المنتج، وهذا ما ينتج عنه التزاما يقع على عاتق المهني يكون بمثابة صمام أمان للمستهلك ويخفف عنه الكثير من الأعباء وضياح الوقت في اللجوء إلى المحاكم.
- يؤدي الضمان الاتفاقي إلى تحسين وضع المشتري، فهو يعفيه من عبء إثبات العيب وخفاؤه أو حتى وجوده أصلا، فيكون غير ملزم بإقامة الدليل على أن العيب كان خفيا وقت التسليم.
- إذا كان الضمان الاتفاقي مبني على وجود اتفاق تم بالتراضي بين المهني والمستهلك فهذا يسهل مهمة تنفيذ هذا الالتزام.
- إذا استحال تنفيذ الالتزام وكان لابد من اللجوء إلى القضاء، فإن المستهلك لا يلتزم بالأجل القصير المنصوص عليه قانونا والخاص بالضمان القانوني².

¹ - وله أيضا جوانب قصور ومحدودية، انظر، ص 342.

² - المادة 65 ق. ح. م.

- بالنظر إلى سهولة إثبات الضمان الاتفاقي وبساطته، يجوز للمستهلك في فرنسا أن يسلك سبيل قضاء الاستعجال لما يتميز به هذا الأخير من بساطة وإعفاء من رسوم التسجيل¹.
- يقدم الضمان الاتفاقي في الغالب حلولاً ملائمة للمستهلك تحقق رغبته الأساسية في اقتناء المنتج المتمثلة في استغلاله واستعماله لمصلحته الخاصة، وبالتالي فالمهني يلزم في حالة وجود العيب بإصلاح الشيء المعيب وإما باستبداله، وهي حلول أفضل مما يقدمه الضمان القانوني من حق الرد أو حق تخفيض الثمن².

ودعماً لشفافية الضمان التعاقدية، ألزم المشرع الاستهلاكي المغربي المهني بأن يحدد بكل دقة مدته ونطاقه وشروطه³، كما يجب أن يكون هذا الضمان محل محرر يتضمن بوضوح حقوق المستهلك المترتبة عنه⁴، وهو ما فصلته المادة 72 ق. ح. م كالتالي:

- أ. "اسم أو تسمية وعنوان الشخص الذي منح الضمان التعاقدية أو الخدمة بعد البيع أو هما معاً.
- ب. وصف السلعة أو الخدمة محل الضمان التعاقدية أو الخدمة بعد البيع أو هما معاً.
- ج. التزامات الشخص الذي منح الضمان التعاقدية أو الخدمة بعد البيع أو هما معاً في حالة ثبوت عيب في السلعة أو المنتج أو سوء تنفيذ الخدمة التي يشملها الضمان.
- د. المسطرة اللازمة لاتباعها للحصول على تنفيذ الضمان التعاقدية وكذا الشخص الذي يتحمل مسؤولية ذلك.
- هـ. مدة صلاحية الضمان التعاقدية أو الخدمة بعد البيع أو هما معاً التي يجب تحديدها بكل دقة.
- و. مدة توفر قطع الغيار.

¹ - محمد بودالي، م. س، ص 383.

² - حساني علي، ضمان حماية المستهلك، نحو نظرية عامة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016، ص 298.

³ - الفقرة 2 من المادة 66 ق. ح. م: "يجب على المورد أن يحدد بكل دقة مدة ونطاق وشروط الضمان المذكور".

⁴ - المادة 71 ق. ح. م: "يجب أن يكون الضمان التعاقدية أو الخدمة بعد البيع المقترحين من لدن المورد محل محرر يتضمن بوضوح حقوق المستهلك المترتبة عن الضمان التعاقدية أو الخدمة بعد البيع المقترحة، ويشير بوضوح إلى حقوق المستهلك المترتبة عن الضمان القانوني".

ز. قائمة مراكز الإصلاح والصيانة المشمولة بالضمان التعاقدى أو الخدمة بعد البيع أو هما
معا موضوع المحرر المشار إليه في المادة 71 ق. م. ح."

وأخيرا، فإذا كنا قد اعتمدنا الالتزام بالمطابقة كمعيار من معايير قياس مدى شفافية العقد
الاستهلاكي، فاحترام المهني لحق المستهلك في التراجع لا يقل أهمية في هذا المجال.

المبحث الثاني: احترام حق المستهلك في التراجع عن تعاقد كميّار لشفاية العقد

الاستهلاكي

لا يخفى على أحد ما وفرته وسائل الاتصال الحديثة من سرعة في إبرام الصفقات وتوفير الجهد والنفقات، مما أتاح للمستهلك فرصة التسوق في العديد من دول العالم من خلال شبكة الأنترنت. ولكن وعلى الرغم من وجود كل هذه الجوانب الإيجابية كان لسرعة إبرام العقود الاستهلاكية أثره في حرمان المستهلك من فرصة إصدار قرارات مستنيرة، فغالبا ما يبني المستهلك قراره بالتعاقد عن بعد أو ما يعرف بعقود المسافة على وصف السلعة وصورتها على الأنترنت.

والجدير بالذكر أن الفكرة المتاحة من مجرد الأوصاف أو من صورة السلعة على شاشة الحاسوب قد لا تعطي للمستهلك تصورا كافيا يسمح بإصدار قراره بناء على إرادة واعية ومستنيرة ولا بإعطاء الحكم الصحيح والدقيق عن السلعة، لأن الفكرة المستقاة من هذه الصورة عادة ما تكون محاطة بالكثير من وسائل الدعاية والإغراء المبالغ فيها، مما قد يؤدي بالمستهلك إلى الندم على الدخول في مثل هذه العلاقات التعاقدية والرغبة بالعدول عنها بأقل الخسائر الممكنة، وقد لا يكون التعاقد عن بعد هو الدافع الوحيد لتطوير آليات قانونية حديثة لحماية المستهلك¹، فمنذ عقود من الزمن لجأ العديد من التجار إلى الوصول إلى المستهلك بمنزله أو مكان عمله من أجل إقناعه بالسلع أو الخدمات التي يقدمونها من خلال ما يعرف بالعقود المنزلية أو عقود البيع خارج المحلات التجارية بلغة قانون الاستهلاك.

ففي هذه العقود يلجأ التاجر إلى استخدام وسائل تسويقية عديدة بهدف بيع سلعته دون منح المستهلك المهلة الكافية للتأمل في العقد وتقدير مدى حاجته للسلعة المعروضة، مما يؤثر على إرادته وعلى قراره بإبرام مثل هذا النوع من العقود، فالمستهلك في هذه الحالة قد لا يتأتى

¹ - يوجد خيار الرجوع في العديد من أنواع التعاملات منها: عقد القرض الاستهلاكي، عقود التأمين على الحياة، العقود المبرمة عن بعد.

له الوقت الكافي للتفكير في العقد أو السلعة التي تعرض عليه، وقد يتعرض لضغط معنوي يدفعه إلى شراء سلعة يكتشف لاحقاً بأنها لا تناسب احتياجاته¹.

وفي تعاطينا مع هذا الموضوع، سنخصص (المطلب الأول) لتبيان ماهية الحق في التراجع، بينما نعمل في (المطلب الثاني) على تقييم مدى خدمة هذا الحق لشفافية العقد الاستهلاكي.

المطلب الأول: ماهية الحق في التراجع في عقود الاستهلاك

يتعلق الأمر بعدالة خاصة أو تحكيمية منحها المشرع للطرف الضعيف لتدارك ما قد يشوب إرادته ورضاه من عيوب ناتجة عن عدم إلمامه ورؤيته رؤية واضحة للمنتج، هدفها وضع المستهلك كشريك في القرار، ومكنة رافعة لأداء المهنيين تحت طائلة رجوع المستهلك عن التعاقد إذا ما أخل المهني بالتزاماته التعاقدية².

إن الحق في التراجع يجد سنده في إعادة التوازن عن طريق الحد من السلطة التقديرية والمنفردة للمهني أو المورد، حيث أن قرارات المستهلك واختياراته غالباً ما لا تؤخذ بعين الاعتبار من طرف المهني كطرف قوي، لذا جاءت مكنة الرجوع لتحجيم هيمنة و"تغول" المهني بواسطة معرفته التقنية والمهنية من تسويق وإغراء ودعوة للتعاقد، هذا الإغراء غالباً ما يسقط فيه أغلبية المستهلكين، لذلك كان حق التراجع مكنة واختيار من أجل إعادة موازين القوى إلى نصابها³.

وعليه، فسنفصل في هذا المطلب ماهية الحق في الرجوع من خلال ثلاث فقرات، ندقق في (الفقرة الأولى) مفهوم الحق في التراجع، ثم خصائصه في (الفقرة الثانية) وآثاره (الفقرة الثالثة).

¹ - أيمن ساعدة وعلاء خصاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مقال منشور بسلسلة "دراسات وأبحاث"، العدد 4، منشورات مجلة القضاء المدني، 2013، ص 64.

² - هشام بلخنفر، الحق في الرجوع كآلية لحماية المستهلك المتعاقد عن بعد، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 12، فبراير 2016، ص 328.

³ - هشام بلخنفر، الحق في الرجوع كآلية لحماية المستهلك المتعاقد عن بعد، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 12 و11، فبراير 2016، ص 328.

الفقرة الأولى: مفهوم الحق في التراجع ¹ (droit de rétractation)

يطلق لفظ التراجع في اللغة على عدة معان، مدارها الانسحاب والتدهور والعدول. أما اصطلاحاً، فرخصة التراجع هي وسيلة بمقتضاها يسمح المشرع لأحد المتعاقدين بأن يعيد النظر من جديد ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به مسبقاً، فثمة عقد سبق تـكونه وموقع من قبل الأطراف، لكن أحد الأطراف المستهلك سوف يستفيد من مهلة تفكير سوف يكون بوسعه الرجوع خلالها عن التزامه الذي سبق وأن وقع عليه². فرخصة الرجوع أو العدول يـرخص بمقتضاها للمتعاقد إحلال إرادة مخالفة لإرادة أصلية قصد التحلل والرجوع عن العقد وإلغائه لكونه ارتضاه على عجلة، فهي بمثابة هدم للآثار القانونية لتصرف إرادي مكتمل³. وعرفه البعض⁴ بأنه "سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر". فهو حق إرادي محض يترك تقديره بالكامل لإرادة المستهلك وفقاً للضوابط القانونية، وهو حق يمس بالقوة الملزمة للعقد الإلكتروني، ويشكل خروجاً عن المبدأ، حيث يعتبر عقداً صحيحاً غير لازم بالنسبة للمستهلك ولازماً بالنسبة للمورد، فهو حق شخصي يخضع لتقدير المستهلك ويمارسه وفقاً لما يراه محققاً لمصالحه فهو ليس ملزماً بإبداء أسباب معينة لهذا الرجوع، فعدوله لا يؤدي إلى قيام مسؤوليته⁵.

ويعتبر حق التراجع التزاماً مستحدثاً في التشريع المغربي للاستهلاك، وذلك بمقتضى المادة 36 (العقود المبرمة عن بعد) والمادة 49 (البيع خارج المحلات التجارية) والمادة 85 (القرض الاستهلاكي) من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك⁶. لكن ما

¹ - له عدة مرادفات: حق العدول، حق 'إعادة النظر، رخصة السحب، حق الرجوع...

² - Guy RAYMOND, Les techniques de vente au consommateur, in : Revue de jurisprudence commerciale, vente éclatée, op. cit, p. 67.

³ - David Bosco, Le droit de rétractation d'un aspect des rapports du droit de la consommation et du droit commun du contrat, Mémoire DEA, droit privé, faculté de droit et des sciences politiques d'Aix-Marseille, 1999.

⁴ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة والتصرف القانوني، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1995، ص 274.

⁵ - حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، م. س، ص 398.

⁶ - المادة 36 ق. ح. م.

"للمستهلك أجل:

- سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع.

يلاحظ هو أن المشرع لم يعط تفسيراً لحق التراجع ولا طبيعته؟ فهل هو فسخ للعقد من جانب واحد أم انفساخ؟¹، في حين أشارت المادة 7 من قانون 10 يناير 1978 الفرنسي، والمادة L 15-311 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 إلى أن "العقد يصبح تاماً بمجرد قبول المشتري التوقيع على العقد، ولكن مع ذلك يستطيع الرجوع في التزامه خلال أجل سبعة أيام". والملاحظ أن النصوص القانونية المغربية والفرنسية تتفق على نفس القواعد الشكلية التي يمارس بمقتضاها المستهلك حقه في التراجع. وعموماً فجل التعاريف السابقة تطرقت لمفهوم حق التراجع من منظوره العام².

وقد اختلف الفقه³ حول حقيقة دور الحق في التراجع، بمعنى هل يؤثر وجود هذا الخيار على الانعقاد الفوري للعقد الاستهلاكي؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب، فمتى يتكون العقد بصفة نهائية؟ وبعبارة أخرى، هل ينعقد العقد الاستهلاكي بمجرد اتفاق الإرادة حتى قبل انتهاء مهلة الرجوع أم بعد انقضائها؟

في سياق الجواب عن هذا الإشكال، انقسم الفقه إلى اتجاهين⁴:

- ثلاثين يوماً لممارسة حقه في التراجع في حالة ما لم يف المورد بالتزامه بالتأكيد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و32.

وذلك دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال ذلك. تسري الأجل المشار إليها في الفقرة السابقة ابتداء من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض فيما يتعلق بتقديم الخدمات. تطبق أحكام هذه المادة مع مراعاة أحكام المادتين 38 و42.

- المادة 49 ق. ح. م:

"استثناء من أحكام الفصل 604 من ق. ل. ع، يجوز للمستهلك التراجع داخل أجل أقصاه سبعة أيام ابتداء من تاريخ الطلبية أو الالتزام بالشراء، عن طريق إرسال الاستمارة القابلة للاقتطاع من العقد بواسطة أية وسيلة تثبت التوصل. ويعتبر كل شرط من شروط العقد يتخلل بموجبه المستهلك عن حقه في التراجع باطلاً وعديم الأثر".

- المادة 85 ق. ح. م:

"...غير أن للمقترض أن يتراجع عن التزامه، داخل أجل سبعة أيام ابتداء من تاريخ قبوله للعرض. ولممارسة الحق في التراجع، يرفق العرض المسبق باستمارة قابلة للاقتطاع.

.....

يلزم المقترض، في حالة التراجع، بإيداع الاستمارة مقابل وصل يحمل طابع وتوقيع المقرض".

¹ - العربي محمد عياد، م. س، ص 278.

² - توجد العديد من التطبيقات لمفهوم التراجع في الحقل القانوني، غير أن مضمونه يختلف حسب نطاق إعماله:

- المادة 283 من مدونة الحقوق العينية تؤكد على رجوع الواهب في هبته، أو ما يسمى الاعتصار.

- المادة 286 من مدونة الأسرة تخول للموصي الحق في الرجوع عن وصيته وإلغائها.

³ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، جامعة الكويت، 1994، ص 131.

⁴ - للمزيد حول هذا الموضوع، انظر: سكيبة منصور، م. س، ص 49-77.

1 - الحق في التراجع مانع للانعقاد الفوري للعقد

يرى هذا الجانب من الفقه أن دور حق التراجع يتمثل في التخلي عن عقد لم يبرم نهائيا وإنما مازال في طور التكوين، فالأمر لا يتعلق بتنفيذ العقد وإنما بتكوينه وإبرامه، حيث مع هذه الإمكانية في التراجع لا يكون العقد قد أبرم بصفة نهائية، أي أن الحق في التراجع مانع من الانعقاد الفوري للعقد الاستهلاكي. ووفقا لهذا الرأي لا يكون تبادل الرضا بين الطرفين قادرا على إتمام التعاقد طيلة مهلة التفكير والتروي، وبمعنى آخر هذا الاتفاق يعيبه أمر ما في تكوينه، فهو لا يكتفي بالرضى الأول "المؤقت" بل يحتاج لرضاء آخر يقويه ويجعله قادرا على إبرام العقد، وهذا يعني أن إبرام العقد المتضمن خيار الرجوع يتطلب رضا مزدوجا يتم على مرحلتين، فهو لا يتكون دفعة واحدة وإنما تدريجيا¹. ومن أنصار فكرة التكوين التعاقبي للعقد، الفقيه J. C Auloy الذي يرى أن خيار الرجوع لا يشكل اعتداء على القوة الملزمة للعقد فهو يأتي في لحظة لم ينعقد فيها العقد بعد².

2 - حق التراجع ليس مانعا للانعقاد الفوري للعقد الاستهلاكي

لكن جانبا كثيرا من الفقه الفرنسي رفض فكرة التكوين التعاقبي أو التتابعي للرضا كأساس قانوني لتفسير أثر حق التراجع على زمن إنشاء العقد الاستهلاكي مستنديين في ذلك إلى أن عددا من النصوص القانونية الواردة في مدونة الاستهلاك التي تنص على أن حق التراجع لا يحول دون الانعقاد الفوري بمجرد تبادل الرضا³، وهوما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها، حيث قضت بأن: "وجود حق الرجوع لا يشكل عائقا أمام الانعقاد الفوري للعقد"⁴.

يرى هذا الجانب من الفقه، وهو الرأي الأصوب في نظرنا، أن الحق في التراجع ليس مانعا من الانعقاد الفوري للعقد⁵، بمعنى أن العقد يصبح تاما بمجرد التقاء الإيجاب والقبول،

¹ - عباس بوعبيد، الشراء عن طريق التلفزيون، أية حماية؟ مجلة المنتدى، العدد 2، دجنبر 2000، ص 124.

² - J. C Auloy, La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs, Dalloz, 1973, p. 266.

³ David Bosco, op. cit, p. 67.

⁴ - Cass. 1^{re} civ, 10 juin 1992, Cont. Conc. Consom, 10/1992, n°195, obs. G. Raymond.

⁵ - سكيينة نصور، م. س، ص 53.

وهذا الرجوع هو في حقيقته إزالة وهدم لعقد سبق إبرامه ووجوده، فهو يرد على مرحلة تنفيذ العقد لا مرحلة إبرامه¹. وبالتالي فحق التراجع هو في حقيقته تخل ورجوع عن عقد أبرم صحيحا نافذا، ولما كان في ذلك انتهاك لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فقد ثار التساؤل حول الأساس القانوني الذي يستند إليه ذلك التراجع؟

ويمكن الأساس القانوني في أن العقد رغم إبرامه صحيحا، يكون نافذا في مواجهة أحد طرفيه فقط، أما الطرف الثاني فلا يلزمه العقد، لأنه يتمتع بالخيار في قبوله أو رفضه فيزول التعاقد من أساسه². وينبغي تمييز حق الرجوع الذي يستلزم بالضرورة وجود عقد استهلاكي صحيح وملزم متضمن لمهلة التروي والتفكير السابقة عن العقد، عن بعض النظم المشابهة له التي تؤدي إلى فسخ العقود، كخيار التجربة الذي يكون بموجبه تمكين المشتري من نقض العقد إذا تبين له أن المبيع لا يلئم حاجاته أو رغباته، والبيع بالعربون الذي يمكن المستهلك من أخذ فرصة للتروي والتدبر في العقد، والحق في فسخ أو إمضاء العقد وبإرادة منفردة³.

مما تقدم نخلص إلى أن عقد الاستهلاك المقترن بحق التراجع لا يكون نافذا بين أطرافه، بل إن حق التراجع يكسب المستهلك حقا يتمثل في إجبار المهني على الإمساك بالعقد طيلة مدة التراجع حتى يختار المستهلك خلالها وبمحض إرادته المنفردة ما بين الإبقاء على العقد أو التحلل منه⁴. وعليه، فإن ثبوت حق التراجع للمستهلك لا يمنع الانعقاد الفوري للعقد الاستهلاكي.

1 - فكرة التمييز بين إبرام العقد ونفاذه: يرى الفقيه V. Christianos أن الاعتراف القانوني بحق المستهلك في التراجع لا يمنع انعقاد العقد بصورة فورية بمجرد اتفاق الإرادة، إلا أن وجود عقد صحيح لا يعني بالضرورة نفاذه بصورة آلية فور انعقاده، فحق التراجع رغم بقاءه خارج العلاقة التعاقدية إلا أنه يوقف نفاذ العقد خلال مهلة التراجع المحددة قانونا، فإذا انتهت هذه المدة رتب العقد جميع آثاره بقوة القانون.

- Christianos (V), Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, D. 1993, p. 28.

2 - ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، الطبعة الأولى، 2016، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 27.

3 - نور الدين الرحالي، التطبيقات العملية الحديثة في قضايا الاستهلاك، مطبعة الرشاد، سطات، الطبعة الأولى، 2014، ص 121.

4 - يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، مجلة الشريعة والقانون، العدد 43، يوليو 2011، ص 2.

الفقرة الثانية: خصائص حق التراجع في عقد التأمين

يتميز حق التراجع المخول للمؤمن له بمجموعة من الخصائص لعل أبرزها:

أولاً: الصفة التقديرية لحق التراجع

يقصد بالصفة التقديرية لحق التراجع أنه يخضع لتقدير المستفيد منه¹، مما يجعله غير ملزم بتعليل أسباب تراجعته عن التزامه ولا تترتب عليه أية مسؤولية في حال استعمال هذا الحق، ومبرر ذلك أن منح المستهلك خيار الرجوع في العقد هو الاستيثاق من أن البضائع محل العقد تتفق مع حاجاته الشخصية، لذلك لا بد أن يرجع القول في مدى ملاءمة البضائع لحاجاته إلى مطلق إرادة المستهلك بدون أي معقب، فهو حق إرادي محض فلا يلزم بتعليل قراره² ولا سلطة للمحكمة في تحليل بواعث أو دوافع المستهلك المتراجع لأن المشرع أعفاه من ذلك بمقتضى المواد 36 وما بعدها من القانون 08-31.

فضلا عن ذلك فالحق في التراجع ولو أنه يمارس داخل أجل محدود، فإن ذلك يجنب المستهلك عناء اللجوء إلى القضاء واتباع المساطر القضائية الرامية إلى فسخ العقد، كما يعتبر أيضا وسيلة يلجأ إليها المستهلك إذا ما تبين له أن البائع المهني استطاع أن يضر بمصالحه واستغلاله بشكل لا يستطيع معه إثبات مظاهر هذا الاستغلال. وبالتالي يظهر خيار الرجوع عن التعاقد وكأنه بديل عن نظرية عيوب الرضا، إذ يستطيع المستهلك الرجوع عن العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى صدور حكم قضائي بذلك، مما يجنبه اللجوء إلى نظرية عيوب الرضا من أجل تقرير بطلان العقد.

وقد كرست محكمة النقض الفرنسية الصفة التقديرية لحق التراجع في التأمين على الحياة³، بالرغم من أن المشرع الفرنسي لم ينص عليها في الفصل L 132.5.1 من مدونة التأمينات الفرنسية. وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه⁴ يرى بأن حق ممارسة التراجع مقيد

¹ - أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 90.

² - محمد الغزاوي، حدود مساهمة أحكام حق التراجع في حماية المستهلك المتعاقد عن بعد، منشورات المركز الوطني للبحث القانوني، م. س، ص 102.

³ - Cour. Cass, chambre commerciale, 22 mars. 2011.

⁴ - محمد أحمد الرفاعي، م. س، ص 91.

بأن لا يكون هناك خطأ أو تدليس، بينما البعض الآخر¹ متحمس للصفة التقديرية لحق التراجع، باعتبارها آلية لتفعيل هذا الحق على مستوى الواقع العملي².

ثانياً: اتصاف حق التراجع بالنظام العام

من أهم الضمانات القانونية الهامة التي جاء بها المشرع المغربي في القانون 31-08 هو جعل أحكام الباب الثاني من العقود المبرمة عن بعد من النظام العام³، وبالتالي لا يحق للتاجر الإلكتروني أن يشترط على المستهلك الإلكتروني التخلي عن مكنة التراجع، ولا يمكن للمستهلك حتى ولو ارتضى ذلك أن يتنازل عن حقه في هذا الخيار وكل تنازل يعتبر باطلاً وكأنه لم يكن. وكذلك تنص المادة 3 من مدونة التأمينات على أنه "لا يمكن تغيير مقتضيات هذا الكتاب بموجب اتفاق خاص باستثناء تلك التي تمنح للأطراف حرية التعاقد والتي من بينها المادة 97 المتعلقة بممارسة رخصة التراجع"، وهو نفس ما تبناه المشرع الفرنسي في المادة L221-29 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁴. وعموماً فإن الحق في العدول كأحد الوسائل التقنية والقانونية ابتدعها المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد باعتباره من النظام العام الحمائي.

الفقرة الثالثة: آثار ممارسة حق التراجع في عقد التأمين

تتوزع آثار أعمال حق التراجع بين المؤمن له (أولاً) والمؤمن (ثانياً).

أولاً: الآثار المترتبة بالنسبة للمؤمن له

نصت المادة 97 من مدونة التأمينات⁵ على أنه يترتب على ممارسة حق التراجع إلغاء العقد، ولا شك أن هذا الأثر بديهي ويكتسي أهمية بالغة في حماية المؤمن له في عقد التأمين من

¹ - محمد الهيني، الحماية القانونية والقضائية للمؤمن له في عقد التأمين، دراسة في عقد التأمين البري، حماية مستهلكي خدمات التأمين، مطبعة الأمنية، الرباط، 2010، ص 122.

² - محمد أبودار، التوجهات التشريعية لنظم المسؤولية، سلسلة "المعارف القانونية والقضائية"، منشورات مجلة الحقوق، دار نشر المعرفة، الإصدار 58، 2018، ص 92.

³ - المادة 44 ق. ح. م: "تعتبر أحكام هذا الباب من النظام العام".

⁴ - Art L. 221-29 : Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public » (édition 02-10-2022).

⁵ - المادة 97 م. ت: "إذا عرض على شخص بمنزله أو بمكان عمله أو بمكان خاص أو عام اكتتاب عقد تأمين على الحياة وتم الاكتتاب أثناء تلك الزيارة، وجب منحه أجلاً لا يقل عن خمسة عشر (15) يوماً ابتداء من تاريخ اكتتاب العقد لكي يلغي هذا الالتزام.

تعسف المؤمن، وأيضا حماية نفسه من أي رضاء متسرع وغير مدروس¹. ويترتب عن إلغاء العقد استرداد جميع المبالغ التي تكون قد دفعت من طرف المكتب، وهذا الأثر الطبيعي على اعتبار أن إلغاء العقد يجعله كأن لم يكن، ويجعل الأقساط المدفوعة عن ضمان غير قائم محل للإرجاع تفاديا للإثراء بلا سبب². وتفاديا لأي تماطل أو تأخير في إرجاع هذه المبالغ رتب المشرع الفرنسي عكس نظيره المغربي، فوائد التأخير عن إرجاعها لفائدة المؤمن له لإرغامه قانونا على تسريع مسطرة الإرجاع³.

ثانيا: الآثار المترتبة بالنسبة للمؤمن

أول أثر مباشر لممارسة المؤمن له لحقه في التراجع، هو رد المبالغ المدفوعة التي تشكل إحدى الضمانات القوية التي منحها المشرع للمكتب بهدف تكريس حق التراجع، غير أنه تثار في هذا السياق مسألة الأجل الذي يجب فيه على المؤمن رد تلك المبالغ؟

المشرع لم يشر إلى أجل محدد، لكن بعض الفقه⁴ يرى أنه يمكن القياس على المادة 37 من القانون 31.08 لإلزام المؤمن برد المبالغ المدفوعة على الفور وعلى أبعد تقدير داخل الخمسة عشر يوما المالية لتاريخ ممارسة المؤمن له لحقه في التراجع، وبعد انصرام الأجل المذكور تترتب بقوة القانون فوائد بالسعر القانوني المعمول به.

وبمجرد ما يمارس المؤمن له حق التراجع يتحلل المؤمن من تأمين المستفيد. غير أن الإشكال الذي يثار هو في حالة ما إذا تحقق الخطر المؤمن عليه في الفترة التي خول فيها المشرع للمؤمن له إمكانية التراجع، فهل يكون المؤمن مسؤولا في هذه الحالة أم لا؟

يترتب عن هذا الإلغاء إرجاع كل المبالغ التي تكون قد دفعت من طرف المكتب.
لا يحق للمؤمن أن يطالب بتعويضات عن إلغاء العقد".

1 - أستاذنا عبد الحميد أخريف، قراءة في مشروع قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 3، أبريل 2010، ص 204.

2 - الفصل 70 ق. ل. ع: "يجوز استرداد ما دفع لسبب مستقبل لم يتحقق، أو لسبب كان موجودا ولكنه زال".

3 - محمد الهيني، حق المؤمن له في الرجوع عن التعاقد في عقد التأمين بين الحاجة والفعالية، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، مركز قانون الالتزامات والعقود، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، العدد 1، أكتوبر 2007، ص 113.

4 - محمد أبودار، م. س، ص 102.

المطلب الثاني: ضوابط ممارسة الحق في التراجع¹

من أجل ضمان شفافية عملية ممارسة المستهلك لحقه في التراجع، يجب ألا يتعسف في ذلك (الفقرة الأولى) وأن يراعي الاستثناءات الواردة على هذا الحق (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مدى لزوم عدم التعسف في استعمال الحق

الحق في التراجع حق تقديري لا يلزم فيه المستهلك في حال ما إذا مارس حقه بتقديم أي أسباب أو تبريرات، ويتمثل الضابط الأهم في مباشرة حق التراجع في الضابط الزمني، أي احترام الأجل المحدد قانوناً، وألا يكون العقد من العقود المستثناة من نطاق التراجع، إضافة إلى اتباع الشكل القانوني الذي حدده المشرع لممارسة هذا الحق، حيث أن الصفة التقديرية للحق في التراجع لا تعني أنه حق محرر من كل القيود أو أن يخرج عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق كلياً.

ويعتقد بعض الفقه² أن الطابع التقديري المطلق للحق في التراجع يحول دون إخضاعه لنظرية التعسف في استعمال الحق، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية ذلك في العديد من أحكامها، ومنها حكم³ قضت فيه بأنه لما كان حق التراجع يعد حقاً تقديرياً مطلقاً ومتعلقاً بالنظام العام، فلا يجوز تقييده بقيود كاشتراط حسن النية أو عدم التعسف أو غير ذلك من القيود. ومفاد ذلك أنه إذا أراد المستهلك العدول عن عقد التأمين أو البيع، من أجل إبرام عقد آخر بشروط أفضل أو لأي سبب آخر، فإنه لا يمكن منعه من ذلك استناداً لفكرة التعسف أو لمبدأ سوء النية، حيث لا يجوز للمهني أو القاضي البحث في نية المستهلك ودوافعه للقول بأنه متعسف أو سيء النية من عدمه⁴.

1 - سارة أزواغ، الفسخ والتراجع في العقود الاستهلاكية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، الموسم الجامعي 2021-2022.

2 - فاروق الأباصيري، الحماية المدنية للمؤمن له في عقد التأمين، مطبعة جامعة طنطا، 2011، ص 203.

3 - Cass. Civ, 9 juin 2009.

4 - Cass. Civ, 4 fév.2010, Gaz. Pal. 2010, p. 42, note Leduco (x).

لكن البعض الآخر¹ ذهب إلى أن خصائص حق العدول لا تمنع خضوعه لنظرية التعسف، إذ يجب أن يباشره المستهلك في الوقت المناسب ولبواعث مشروعة وفي ظروف لا يكون من شأنها إلحاق ضرر جسيم بالمهني المتعاقد معه، ويمثل إخضاع هذا الحق لمبدأ حسن النية ولنظرية عدم التعسف ضماناً للتوازن العقدي أيضاً. ويضاف لذلك أن مبدأ حسن النية ومبدأ عدم التعسف يمثلان أهم المبادئ الأساسية في إطار العقود، ولا يوجد ما يبرر الخروج عنهما. فالمستهلك حين يكون في وضع يسمح له بأن يتعسف في استخدام الحق في التراجع، يكون في مركز قانوني يجعله ندا للمهني، وتتفي عنه مبررات الحماية المقررة له بمقتضى حق التراجع.

ومجمل القول، أنه لا يوجد في تقديري حق مطلق من كل قيد أو ضابط، فالواقع أن كون الحق في التراجع حقاً تقديرياً لا يعني أنه مطلقاً، بل يخضع كغيره لمبدأ حسن النية الذي يترتب نتيجة هامة وهي عدم تعسف المستهلك في استخدامه لحقه، على أنه لا يمكن اعتبار المستهلك متعسفاً في مباشرة حق التراجع لمجرد تقديره الشخصي بعدم تناسب العقد مع مصالح وإمكانياته المالية مثلاً. وما يبرر الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق في مجال حق التراجع، أن المستهلك، كما أسلفنا، قد يستعمل حقه في وقت غير مناسب، وخاصة إذا كان قد تسلم محل العقد واستعمله خلال مهلة التراجع، الأمر الذي يؤدي لانتقاص قيمته على نحو يلحق الضرر بالبائع المهني، ولهذا أورد المشرع استثناءات على هذا الحق مما يؤكد أنه ليس مطلقاً.

الفقرة الثانية: الاستثناءات الواردة على حق المستهلك في التراجع

الأصل أن كل العقود التي تبرم بين المهنيين والمستهلكين بخصوص السلع والخدمات والتي تتم عن بعد تخضع للحق في التراجع، إلا أن المشرع قيد ذلك الحق في بعض العقود (أولاً)، واستبعده تماماً في عقود أخرى (ثانياً).

¹ - مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2016، ص 147.

أولاً: عقود لا يطبق فيها حق التراجع إلا باتفاق الطرفين

تنص المادة 38 من القانون 31.08 على أنه "لا يمكن أن يمارس حق التراجع، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك، في العقود المتعلقة بما يلي:

- 1- الخدمات التي شرع في تنفيذها بموافقة المستهلك قبل انتهاء أجل سبعة أيام كاملة.
- 2- التوريد بالمنتجات أو السلع أو الخدمات التي يكون ثمنها أو تعريفها رهين بتقلبات أسعار السوق المالية.
- 3- التوريد بالسلع المصنوعة حسب مواصفات المستهلك أو المعدة له خصيصاً¹ أو التي لا يمكن بحكم طبيعتها إعادة إرسالها أو تكون معرضة للفساد أو سريعة التلف.
- 4- التوريد بتسجيلات سمعية أو بصرية أو برامج معلوماتية عندما يطلع عليها المستهلك.
- 5- التوريد بالجرائد والدوريات والمجلات".

فحق التراجع في هذه الحالات يتعطل ولا يمكن ممارسته إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك في بعض الالتزامات الواردة في نص المادة أعلاه، والتي تتعلق غالباً بالالتزامات يتحمل فيها المستهلك نفسه نصيباً في نشوئها، كما لو تم الشروع في تنفيذها بموافقة أو أن السلع المصنوعة كانت بالمواصفات التي طلبها أو معدة له خصيصاً، أو أنه سبق له الاطلاع عليها، أو أن طبيعة المنتج لا تبرر ممارسة هذا الحق كالتزود بالجرائد أو المجلات...²

وهذا الاتجاه القاضي باعتبار حق المستهلك في التراجع ليس حقاً مطلقاً تبناه أيضاً التشريع الأوروبي³ والفرنسي، حيث نصت المادة 121-20-2 من مدونة الاستهلاك الفرنسية إلى مجموعة من العقود التي لا يطبق عليها الحق في التراجع إلا باتفاق خاص بين المهني والمستهلك وهي نفس العقود المشار إليها في النص المغربي، وأضاف "خدمات الرهان أو

¹ - حماية لحق المستهلك في ممارسة حقه في التراجع رغم بدئه في تنفيذ العقد وتحويله لجزء من الثمن للبائع، تتشدد المحاكم في اعتبار المبيع صنع خصيصاً للمستهلك ووفق المواصفات التي طلبها :
- 1^{re} Civ, 17 janv. 2018, pourvoi n° 17-10.255, Bull. janv. 2018, n° 1, p. 9.

² - نعيمة ختو، كيف يحمي القانون المستهلك في المعاملات الإلكترونية؟، مقال منشور بموقع: ifada.ma بتاريخ 22 نونبر 2020.

³ - المادة 3/6 من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997.

اليانصيب المسموح بها" والتي تم استبعادها من طرف المشرع المغربي لكونها تقوم على المجازفة والمقامرة، وبالتالي فإنه من المنطقي إخضاعها للحق في الرجوع باتفاق خاص بين الأطراف المتعاقدة.

ثانياً: عقود مستثناة من تطبيق الحق في التراجع

جاء في نص المادة 42 من القانون 31.08 على أنه "لا تطبق أحكام المواد 29 و32 و36 و37 على العقود التي يكون محلها:

- 1-تزويد المستهلك بسلع الاستهلاك العادي في محل سكناه أو عمله من لدن موزعين يقومون بجولات متواترة ومنتظمة.
- 2-تقديم خدمات الإيواء أو النقل أو المطاعم أو الترفيه التي يجب أن تقدم في تاريخ معين أو بشكل دوري محدد".

فالعقود الواردة في هذه المادة لا تخضع لممارسة الحق في التراجع، وهي كذلك مستثناة من الحق في الإعلام ومن تأكيدات المعلومات التي يتم إعلام المستهلك بها والمنصوص عليها في المادتين 29 و32 من نفس القانون المذكور أعلاه¹. وذلك إسوة بالتشريع الفرنسي الذي سلك نفس النهج حين استثنى العقود المشار إليها أعلاه من تطبيق حق المستهلك في التراجع، وذلك بمقتضى المادة 4-20-121 من مدونة الاستهلاك الفرنسية².

ومبرر هذا الاستثناء يتمثل في كون تلك العقود من عقود الاستهلاك الشائعة التي تتم في مسكن أو عمل المستهلك من طرف الموزعين الذين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة تقوم على تعاقد المستهلك بصفة مباشرة بحيث يرى السلعة رؤية مادية. وبالتالي فهو ليس بحاجة إلى الحق في التراجع الذي تم إقراره لمواجهة حالات التعاقد عن بعد التي تتم دون رؤية الشيء محل التعاقد أو معاينته، إضافة إلى أن هذه العقود تتكرر بصفة يومية ومنتظمة، مما يكسب المستهلك خبرة في مثل هذه التعاقدات. ومن جهة ثانية، فإنه فيما يتعلق بتقديم خدمات الإيواء والنقل والترفيه... التي تقدم في وقت محدد أو بشكل دوري، فيرجع سبب استثنائها من

¹ - الفقرة الأخيرة من المادة 42 ق. ح. م.

² - نعيمة ختو، م. س.

الحق في التراجع إلى أن هذه العقود تتكرر باستمرار ويعتاد المستهلك على إبرامها بحيث لا يحتاج إلى مثل هذه الحماية¹.

¹ - نعيمة ختو، م. س.

الباب الثاني: محدودية الشفافية في عقود الاستهلاك

من خلال جردنا لمظاهر شفافية عقود الاستهلاك وآليات إرسائها في الباب الأول من بحثنا هذا، تبينت بوضوح مكان القصور ومحدودية شفافية عقود الاستهلاك بصفة عامة، وهو ما يؤيده الواقع اليومي الذي يعيشه المستهلك المغربي في علاقته بموردي السلع ومقدمي الخدمات، وضعف فعالية الآليات القانونية العامة والخاصة التي وضعها المشرع في خدمة شفافية العلاقات التعاقدية الاستهلاكية (الفصل الأول)، وهو ما يجعل التساؤل مشروعاً وملحاً حول كيفية الرفع من منسوب الشفافية بل وترسيخها في العقود الاستهلاكية (الفصل الثاني).

الفصل الأول: غياب حماية فعالة لإرادة المستهلك

سواء تعلق الأمر بالقواعد العامة التي تؤطر نظرية العقد أو القواعد الخاصة الموجهة لحماية المستهلك فيما يخص شفافية تعاقداته لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية دون التعرض لأي تعسف أو إجحاف، فهذا الأخير لا يزال يواجه ممارسات بعيدة كل البعد عن التنوير والتبصير والإرشاد والنزاهة (الفرع الأول) ويزيد من هشاشة وضعه القانوني قصور النصوص القانونية عن النهوض بمهمتها كاملة في ضمان مستوى عال من الثقة والوضوح في العقود الاستهلاكية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: محدودية التزام المهني بتنوير المستهلك

لقد اتجه الاهتمام نحو ضمان شفافية العقود التي يبرمها المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة، وذلك بمحاولة الرفع من مركزه التفاوضي وإعطائه الأسلحة والأدوات الكفيلة بجعله يتعاقد وهو على بينة من أمره. واستجابة لهذا الهاجس الحمائي عرف التنصيص على الالتزام بالإعلام كوسيلة حمائية ازدهارا مهما في قوانين العديد من الدول، سعت وراءه الوقوف بالخصوص بجانب المستهلك الذي يكون في حالة ضعف تقني أو اقتصادي، وبالتالي تجنب المشاكل الناجمة عن استغلال جهله ودفعه إلى توقيع عقد لا يخدم مصالحه.

لكن الواقع بثبت أن التزام المهني بتنوير إرادة الطرف الثاني ليس من الأولويات بعد (المبحث الأول)، بل أن الأمر يتجاوز ذلك لتضمين العقود الاستهلاكية مختلف أنواع الشروط

المجحفة التي عادة ما تخفف أو تلغي مسؤولية المهني مقابل تشديدها بالنسبة للطرف الضعيف والمضطر للتعاقد استجابة لحاجات ملحة تجعله يقبل بها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الدعاية والإعلانات¹ التجارية المضللة

لقد تطور الإعلان التجاري عبر تطور نظام المنافسة التجارية، وتفسير ذلك أنه خلال القرن الثامن عشر، وقبل ظهور تقسيم العمل والتخصص العلمي، كانت المنافسة تتخذ مظهرين: -المنافسة في النوع، باستخدام الصناع والحرفيين الخامات الجيدة والعمال المهرة.

-المنافسة في الائتمان، مما أدى مع مرور الزمن إلى تقليل الفروق من حيث جودة المنتج وسعره، كما أصبح لكل سلعة مواصفات نموذجية - Normes - تكاد تتوفر في كل نوع منها، وانخفضت الأسعار إلى أن أصبحت قريبة من التكاليف، بحيث لم يعد بين سعر البيع وسعر التكلفة إلا الربح المعقول. لذا وجد رجال الأعمال أنفسهم في حاجة إلى توسيع دائرة التوزيع ولم يجدوا مجالا للمنافسة لا في الجودة ولا في الثمن، فتوجهوا إلى تعريف أكبر عدد من الأفراد بخواص منتجاتهم ومزاياها وقدرتها على إشباع حاجاتهم عن طريق الإعلانات التجارية².

وهكذا أضحى الإعلان التجاري في الوقت الحاضر واحداً من أبرز سمات العصر، وظاهرة حقيقية واقعة وضرورة من ضرورات الحياة العصرية نظراً لما يحويه الإعلان من فوائد جمة بالنسبة للمستهلك والمنتج والدور الذي يؤديه في مجال المنافسة التجارية المشروعة. حيث يسهم بتنشيط التجارة والاقتصاد ويساعد على سرعة المبادلات في شتى المجالات الاقتصادية. إضافة إلى ما تقدم فإن مصطلح الإعلان يستهدف عموماً التعريف بالمنتجات والخدمات التي تخدم التعامل اليومي بالنسبة للمستهلك أو غيره. فهو إذن مظهر من مظاهر المنافسة المشروعة وعامل من عوامل التسويق والترويج، وأداة من أدوات إعلام الجمهور بالسلع والخدمات المطروحة في السوق. فإذا كان مضللاً أو خادعاً، انعكس ذلك سلباً على

1 - بعض التشريعات استعملت المفهومين كمرادفين، في حين ميزت بينهما تشريعات أخرى. لكن من الأولى ترك المسألة للفقه والقضاء بدلاً من الإغراق في تفاصيل تثير الجدل والخلاف.

2 - أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 4، السنة 19، دجنبر 1995، ص 144.

نظام المنافسة الحرة وعلى حق المستهلك في المعلومات الصحيحة عن السلع والخدمات. ورغم أهمية الإعلان وارتباطه بمظاهر الحياة اليومية لم يحظ بالبحث والدراسة الكافية من الناحية القانونية من قبل شراح القوانين العربية وفقه القانون التجاري. بيد أنه حظي بالاهتمام اللازم من قبل فقهاء القانون الغربي، خاصة في فرنسا وإنجلترا وألمانيا، فقد تعرض الإعلان فيها لاجتهادات كثيرة وتنظيم واسع¹.

فالإعلان التجاري من وسائل إعلام المستهلك عن منتج أو خدمة بقصد الحث على الاستهلاك، على نحو يفترض التكرار المستمر وتبسيط الفكرة على المتلقي باستخدام كل ما من شأنه التأثير النفسي من إلهاب الخيال واجتذاب العين وإطراء الأذن. تحقيقاً لهدف تنشيط الطلب على المنتجات والخدمات. فما المقصود بالإعلان الكاذب والمضلل (المطلب الأول) وما تجلياته في واقع المعاملات بين المهنيين المعلنين والمستهلكين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الإشهار الكاذب

غالباً ما لا تورد التشريعات تعريفاً للإشهار، تاركة أمر تعريفه للفقهاء والقضاء. غير أن الأمر ليس على إطلاقه، إذ نجد العديد من التشريعات حاولت إيراد تعريف للإشهار. فقد عرفه التوجيه الأوروبي رقم 450/84 الصادر في 10 شتبر 1984 بأنه "كل شكل من أشكال الاتصال في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو فني أو مهني يهدف إلى تقديم وتشجيع الأموال والخدمات والتعريف بها بما في ذلك الأموال العقارية وبيان الحقوق والالتزامات المرتبطة بها".

في حين التشريع الفرنسي لم يتضمن قانوناً خاصاً بالإشهار لكنه عرفه في قوانين ومراسيم ذات صلة به، كالقانون 1150/79 الصادر في 1979/12/29 المتعلق بالحماية من اللافتات المعلقة على الجدران، والذي نص في المادة الثالثة منه على أنه "يعتبر إشهاراً كل نقش يهدف إلى إعلان الجمهور وجذب اهتمامهم سواء كان نقشا نموذجياً أو صورة"، وقد عرف القانون رقم 280/92 الصادر في 27 مارس 1992 الإشهار بأنه "كل شكل لرسالة

¹ - بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني التجاري وأثره على المستهلك، دراسة قانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011، بيروت، لبنان، ص 15.

تلفزيونية مذاعة بأجر أو بدونه لتقديم الأموال أو الخدمات في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو فني أو مهن حرة من أجل الازدهار التجاري لشركة عامة أو خاصة".

وقد حاول المشرع البلجيكي هو الآخر تعريف الإشهار بموجب المادة 15 من القانون الصادر في 2002/07/30 والمتعلق بتنظيم الممارسات التجارية والعقوبات الخاصة بالمنافسة غير المشروعة والإشهار التضييلي بنفس ما عرفته به التوجيهية الأوروبية السالفة الذكر¹.

بالنسبة للمشرع المغربي فقد عرفه من خلال القانون رقم 77/03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري من خلال المادة الثانية منه التي اعتبرت "إشهاراً: أي شكل من أشكال الخطابات المذاعة أو المتلفزة ولاسيما بواسطة صور أو رسوم أو أشكال من الخطابات المكتوبة أو الصوتية التي يتم بثها بمقابل مالي أو بغيره، الموجهة لإخبار الجمهور أو لاجتذاب اهتمامه إما بهدف الترويج للتزويد بسلع أو خدمات، بما فيها تلك المقدمة بتسمية فئتها، في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو تقليدي أو فلاحى أو مهنة حرة وإما للقيام بالترويج التجاري لمقولة عامة أو خاصة. ولا يشمل هذا التعريف العروض المباشرة للعموم من أجل البيع أو الشراء أو تأجير منتجات أو التزويد بخدمات مقابل أجر"².

أما الإشهار الكاذب فهو ادعاء أو زعم مخالف للحقيقة³، الهدف منه خداع المتلقي عن طريق تزييف الحقيقة أو بث تأكيدات غير صحيحة وغير مطابقة للواقع أو لا يمكن الوفاء بها عملاً. فهو تأكيدات غير حقيقية تهدف إلى الخداع، كقيام شركة عقارية بالإشهار عن بيع قطعة أرضية مساحتها أقل من المساحة الحقيقية. وعرفه بعض الفقه بقوله: " يكون الإعلان كاذباً منذ اللحظة التي لا تتطابق فيها الرسالة الإعلانية التي يتضمنها مع واقع المنتج أو الخدمة المعلن عنها"⁴.

¹ - بوراس محمد، الإشهار عن المنتجات والخدمات، دراسة قانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012، ص 5.

² - القانون 77-03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 5288 بتاريخ 3 فبراير 2005.

³ - Crim. 8 mars 1978, JCP 1979.19019, note J- C Fourgoux.

⁴ - منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 148.

ومن الناحية التشريعية، فالتشريعات لم تتناول تعريف الإشهار الكاذب مكتفية بتعريف وتفصيل الإشهار الخادع والقول بأن الكذب يعد صورة من صور الإشهار الخادع. وفي هذا الإطار فقد نصت المادة 21 من القانون 31-08 "...يمنع كل إشهار يتضمن، بأي شكل من الأشكال، ادعاء أو بياناً أو عرضاً كاذباً، كما يمنع كل إشهار من شأنه أن يوقع في الغلط بأي وجه من الوجوه، إذا كان ذلك يتعلق بواحد أو أكثر من العناصر التالية: حقيقة وجود السلع أو المنتجات أو الخدمات محل الإشهار وطبيعتها وتركيباتها ومميزاتها الأساسية ومحتواها من العناصر المفيدة ونوعها ومنشأها وكميتها وطريقة وتاريخ صنعها وخصائصها وسعرها أو تعريفها وشروط بيعها وكذا شروط أو نتائج استخدامها وأسباب وأساليب البيع أو تقديم الخدمات ونطاق التزامات المعلن وهوية الصانع والباعه والمنعشين ومقدمي الخدمات أو صفاتهم أو مؤهلاتهم".

وكذلك المادة 76 من نفس القانون التي نصت أن أي إشهار يتعلق بالقروض الاستهلاكية يجب أن يكون نزيهاً وإخبارياً، وأن يتضمن مجموعة من البيانات، بما فيها التكلفة الإجمالية للقرض والسعر الفعلي الإجمالي ومبلغ التسديدات بالدرهم عن كل استحقاق وعدد الأقساط، كما نصت على ضرورة أن تكون هذه المعلومات مكتوبة بحروف لا يقل حجمها عن الحجم المستعمل للإشارة إلى كل معلومة أخرى تتعلق بمميزات التمويل ومدرجة في صلب النص الإشهاري. وكذلك المادة 115 منه التي نصت على أن الإشهار المخصص للقروض العقاري يجب أن يؤدي وظيفته الإخبارية وأن يتحلى بالنزاهة، وأن يكون أداة لإعلام المستهلك لا الاحتيال عليه. كما أوجبت ضرورة تحديد هوية المقرض وعنوانه أو مقره الاجتماعي بصورة واضحة ومفهومة بالنسبة للمقرض، وأوجبت تحديد مدة العملية المقترحة وكذا التكلفة الإجمالية للقرض وسعره الفعلي الإجمالي وهي معلومات إجبارية لا بد من توافرها في الرسالة الإشهارية.

أما مقترح قانون حول الإشهار الكاذب¹ فقد جاء في مادته الأولى أنه "يمنع كل إشهار مكتوب أو مرئي أو مسموع، يحمل معطيات أو بيانات أو رسومات يكون من شأنها تضليل

¹ - مقترح تقدم به الفريق الاستقلالي للوحدة والتعادلية بالبرلمان، مسجل تحت رقم 11، بتاريخ 2010/05/23، وتمت إحالته على لجنة القطاعات الإنتاجية في 2012/06/25، يتضمن 8 مواد تشدد مسؤولية كل المتدخلين في العملية الإشهاري وتعطي الحق للوكيل العام للملك أو وكيل الملك بأن يوقف تلقائياً كل إشهار كاذب في حينه أو فور تأكد حدوثه، وبحرك المتابعة ويحيل القضية على المحكمة...

وتمويه المستهلك حول وجود وطبيعة وتكوين وتركيب وجودة السلع ونوعيتها وكميتها وتاريخ وطريقة ومكان تصنيعها وأثمنتها وشروط بيعها وكذا النتائج المنتظرة من استعمالها".

وهو نفس ما نصت عليه المادة 1-121 L من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 1993/07/26، والمادة 13 من القانون رقم 117 لسنة 1997 المتعلق بحماية المستهلك في تونس، والمادة 17 من القرار الصادر عن وزارة الصناعة رقم 886 لسنة 2006 والمتضمن اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري، والمادة 11 من القانون رقم 659 لسنة 2005 الخاص بقانون حماية المستهلك اللبناني. كما أدرجه المشرع الجزائري في سياق الممارسات التجارية غير النزيهة بموجب المادة 28 من القانون 04-102¹.

المطلب الثاني: مظاهر غياب الشفافية في الإعلان الكاذب أو المضلل

بعدما تطرقنا إلى ماهية الكذب والتضليل في الإشهار التجاري، لابد أن نبين محل ووعاء هذا الكذب أو التضليل، وسيتأتى لنا ذلك من خلال تحديد العناصر التي يمكن أن يرد عليها الكذب أو التضليل في الإشهار التجاري.

وبالرجوع للنصوص التشريعية المتعلقة بحماية المستهلك على اختلافها نجدها قد حددت هذه العناصر، والتي يجمع الفقه على تقسيمها إلى عناصر ذاتية متصلة بذات المنتجات (الفقرة الأولى) وعناصر خارجة عن ذات المنتجات (الفقرة الثانية) ثم الأساليب المستخدمة من طرف المعلن للتضليل (الفقرة الثالثة).

¹ - المادة 28 من قانون 02-04: "يعتبر إشهارا غير شرعي وممنوعا، كل إشهار تضليلي، لا سيما إذا كان:
1- يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته.
2- يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتوجاته أو خدماته أو نشاطه.
3 - يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب نقديتها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار".

الفقرة الأولى: الكذب أو التضليل المرتبط بذات المنتوجات أو الخدمات

نقصد بذاتية المنتج أو الخدمة طبيعة المنتجات أو الخدمات (أولا) وخصائصها الجوهرية (ثانيا) وأصلها (ثالثا).

أولا - الكذب أو التضليل المتصل بطبيعة المنتج أو الخدمة

يكون الكذب أو التضليل في الإشهار متصلا بالعناصر التي تمس المنتج أو الخدمة ذاتها، إذا كان محل هذا الكذب أو التضليل وجود المنتجات أو الخدمات، أو من حيث أصلها أو مكوناتها أو نوعها وخصائصها الجوهرية أو النتائج المتوقعة، أو العدد أو المقدار أو طريقة الصنع أو تاريخ هذا الصنع¹.

أ- وجود المنتوجات أو الخدمات

قد يبدو الإشهار عن شيء غير موجود أمرا غريبا في نظر البعض غير أن مثل هذا الأمر ممكن الوقوع. وفي هذه الحالة يكون محل الإشهار منتجات أو خدمات غير موجودة. وقد أورد الفقه² ثلاث صور قد يرد عليها الكذب والتضليل في الإشهار التجاري من حيث وجود المنتجات والخدمات وهي:

- عدم وجود المنتجات على الإطلاق، كأن يتم الإشهار عن منزل كان قد بيع من قبل.
- وجود المنتجات أو الخدمات ولكن في صورة غير تلك المعلن عنها، كأن تعلن شركة النقل عدد الرحلات التي تقدمها ثم يتبين أن الحافلات التي تملكها يستحيل أن تضمن عدد الرحلات المعلن عنه، فنكون بصدد تضخيم الإشهار للواقع.

¹ - بن خالد فاتح، حماية المستهلك من الإشهار الكاذب والمضلل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2019، ص 165.

² - أحمد السعيد الزرق، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 107.

- بتول صراوة عبادي، م. س، ص 93.

- وجود المنتج أو الخدمة ولكن بشكل غير معد للتسليم، كأن يذكر الإشهار أن السلعة أو الخدمة يتم تسليمها فوراً ليتضح بعد ذلك أن الأمر متوقف على شروط أخرى.

ب - طبيعة المنتج أو الخدمة

لا ينصب الكذب أو التضليل في هذه الحالة على وجود السلعة أو الخدمة أو عدم وجودها، فالمنتج موجود أصلاً ولكن طبيعته كما أعلن عنها تخالف الحقيقة. كالإعلان عن خاتم على أنه مصنوع من الذهب الخالص في حين أنه صنع من خليط من معادن أخرى، والكذب أو التضليل بشأن طبيعة السلعة أو الخدمة من شأنه أن يفقد المنتج طبيعته أو يجعله غير صالح للاستعمال الذي أعد من أجله، فيجد المستهلك نفسه بصدد منتج ذي طبيعة أخرى¹. ولهذا يشكل هذا العنصر أهمية كبرى للمستهلك لارتباطه بمدى جودة المنتج أو الخدمة وملاءمتها للغرض من التعاقد. وهو ما نصت عليه الفقرة (ج) من المادة 135 من قانون حماية الملكية الصناعية²: "...لا يمكن أن تعتبر علامة أو عنصر علامة الشارة التي تحمل اسم بيان جغرافي أو تسمية المنشأ لمنتج أو خدمة من شأنها مغالطة الجمهور لا سيما في طبيعة المنتج أو الخدمة أو جودتهما أو مصدرهما الجغرافي أو اسم بيانهما الجغرافي أو تسمية منشأهما"، فالمغالطة في هذه الصورة تنصب على طبيعة المنتج ذاته، وذلك عن طريق تضمين العلامة بياناً ينتج عنه تصنيف المنتج ضمن طائفة لا ينتمي إليها حقيقة، وذلك على نحو يؤدي بالمستهلك إلى الاعتقاد بوجود مواصفات أو مميزات معينة فيه، وتقرب هذه الصورة كثيراً من تلك المتعلقة بتركيبية المنتج، ولعل ذلك ما جعل المشرع المغربي لا يشير إليها في التعداد الوارد أعلاه³.

وقد أورد القضاء الفرنسي تطبيقات عديدة للإشهار الكاذب أو المضلل المتعلق بذاتية المنتج أو الخدمة، فقد قضى بأنه يعد إشهاراً كاذباً الإشهار الذي قامت به مؤسسة مختصة في

¹ - منى أبو بكر الصديق، م. س، ص 154.

² - القانون رقم 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية، ج. ر عدد 4776 بتاريخ 2 ذي الحجة 1420 (9 مارس 2000)، ص 366، (الصيغة المحينة بتاريخ 18 ديسمبر 2014).

³ - أستاذنا، فؤاد معلال، بعض مظاهر حماية المستهلك في القانون الجديد للملكية الصناعية، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 1، أكتوبر 2007، ص 17.

توريد برمجيات الحاسوب logiciels عندما وضعت على أغلفتها عبارة "معتمد من طرف مختبرات التجارب" ليتضح للمحكمة أن هذا المنتج فعلا قد خضع لاختبارات لكن لدى مختبرات غير رسمية، وهو ما اعتبرت أن من شأنه أن يخلق التباسا لدى المستهلكين لنقص مصداقية التجارب التي تدعيها الجهة المنتجة¹.

أما بخصوص الخدمات، فقد قضت محكمة Lyon بأنه يعد إشهارا كاذبا قيام وكالة سياحة وأسفار بالإشهار عن تنظيم رحلة سياحية إلى جزيرة صقليلية لمدة ثمانية أيام وهو ما لم يحدث².

ج - مكونات المنتج

قد يتصل الكذب أو التضليل في الإعلان التجاري بمكونات المنتج، فتشير الرسالة الإعلانانية إلى مكونات للمنتج غير موجودة أصلا، أو تكون مكونات السلعة موجودة بالفعل ولكن بنسب غير تلك المعلن عنها. ويتحقق ذلك بأن يتم الإشهار عن سلعة مثلا مع بيان العناصر الأولية أو المكونات الداخلة في تركيبها لا تتطابق مع تلك المعلن عنها.

وهناك عدة تطبيقات قضائية في هذا السياق، كإدانة مديري شركة Diet بسبب قيامها بالإشهار عن حبوب مخففة للوزن تتكون من عشر مواد من بينها ثلاث على الأقل كيميائية، في حين أكد الإشهار أن هذه المواد طبيعية كليا ومن أصل نباتي³. وينطوي تحت هذه الصور أيضا، إعلان إحدى المؤسسات التجارية لإنتاج المربي عن نوع جديد من هذه المادة الاستهلاكية على أنها خالية من مادة الصوديوم ويوصي بها الأطباء للراغبين في اتباع نظام غذائي خاص، بيد أن الحقيقة أظهرت أن المادة المذكورة تخلو من هذه الصفات تماما خلافا لما تم الإعلان عنه⁴.

¹ - C. A. Paris, 6 février 2009, n° 07/11726.

² - T. Lyon.06/02/1985.

³ - Cass, crim, 7 mars 2006.

⁴ - Cass, crim, 5 juin 1984.D.1985.26.

ومن الأمثلة المنتشرة في المغرب بكثرة، إشهار شركات عصير البرتقال بأنه طبيعي 100% في حين أن العصير يحتوي على مواد حافظة كيميائية لابد أن تتوفر في كل عصير. وكذلك الشأن بالنسبة للكثير من المنتجات الغذائية المنتشرة في الأسواق المغربية. وقد أشار المشرع المغربي لذلك في المادة 21 من قانون تدابير حماية المستهلك، عندما أشار إلى منع كل إشهار من شأنه أن يوقع المستهلك في الغلط فيما يتعلق بتركيبة المنتج.

ثانيا - الكذب أو التضليل المتصل بالخصائص الجوهرية للمنتج أو الخدمة

تبدو الحكمة من تقرير مسؤولية المعلن عما تتضمنه رسالته الإعلانية من كذب وتضليل يمس خاصية جوهرية للمنتج المعلن عنه، في أن تلك الخصائص هي التي يتخذ على أساسها مدى إمكانية قيام السلعة أو الخدمة محل الإعلان بإشباع الحاجة التي يتم التعاقد من أجلها، ويشمل ذلك:

أ - النوع (الصنف)

يراد به مجموعة الخصائص التي تميز منتوجا معينا عن غيره من المنتوجات التي تدخل ضمن نفس الصنف على نحو يسمح بتمييزها عنها¹. فالزيوت على سبيل المثال أنواع متعددة فهناك مثلا زيت الزيتون وزيت اللوز وزيت عباد الشمس وزيت الأركان... ولكل نوع من هذه الأنواع زبناؤه الذين يفضلونه عن باقي المنتجات المماثلة. فالإنتاج يتشابه في المظهر غير أنه يختلف في النوع مما يترتب عليه تغيير قيمته في نظر المستهلكين، وبالتالي يتحدد إقبالهم عليه وفقا لنوعه، فكلما كان النوع جيدا فإنه يستقطب الأغلبية من المتعاملين². وهكذا قضي في فرنسا مثلا بأنه يعد إشهارا كاذبا إعلان مطعم في القائمة التي تقدم إلى الزبائن "إسكالوب" في حين أنه لحم دجاج.

¹ - عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1991، ص 196.

² - بتول صراوة عبادي، م. س، ص 120.

ب - الخصائص الجوهرية

يتعلق الأمر بالصفات الأساسية التي يتضمنها الشيء وتقوم عليها القيمة الحقيقية للبضاعة من وجهة نظر المتعاقد إذ يكفي أن تكون أحد الأسباب الدافعة إليه، فالشيء لا يبقى على حاله عند تجريده من هذه الخصائص. أما الفقه فيميز بين نظريتين في هذا المجال:

-النظرية الموضوعية: الصفات الجوهرية تتحدد بطريقة مجردة وفق الشروط التي يلزم توافرها عادة في الشيء اعتمادا على خواصه المادية أو الكيميائية.

-النظرية الشخصية: الصفات الجوهرية تتحدد اعتمادا على الخصائص التي يضعها المستهلك في الاعتبار.

ومما تجدر الإشارة إليه أن القضاء المقارن يعتمد هذه الأخيرة في تقرير أحكامه ويفضلها عن الأولى كونها أكثر ملاءمة وحسما للنزاعات¹. وعليه فالمسألة نسبية، إذ تختلف من شخص لآخر بحسب دوافع كل منهم للحصول على السلعة أو الخدمة. وبالتالي يعود الأمر لسلطة القضاء التقديرية. ولما كانت تلك الأوصاف على درجة كبيرة من الأهمية عند المستهلك فإن من الضروري بحثها ضمن مجموعة واحدة كي يمكن تفسير الاختلاف بصدها.

وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام القضائية في هذا المجال أكثر من أن تحصر. فقدت أدينت شركة لبيع العطور لكونها وضعت على منتجاتها عبارة «prix sacrifiés» أي تخفيضات مهمة جدا، فالمستهلك سيفهم أن الأثمنة المعلنة قريبة جدا من كلفة الإنتاج وهو ما سيدفعه للشراء، ليتبين أن الشركة كانت تحقق هامش ربح يناهز 28%². كذلك أدانت محكمة القاهرة شركة "مودرن موتورز" لكونها خلقت انطباعا غير حقيقي ومضلل لدى المستهلكين عندما أعلنت عن أسعار معينة لسيارة Suzuki بجريدة الأهرام ثم قامت برفع السعر بعد ذلك³.

¹ - عبد الفضيل محمد أحمد، م. س، ص 196.

² - C. A. Grenoble, 8 septembre 2009, juridata n 2009-017162.

³ - حكم ابتدائي رقم 765 لسنة 2014 جنح اقتصادية القاهرة. منشور على موقع جهاز حماية المستهلك المصري: www.cpa.gov.eg

ج - المقدار أو المقياس أو المعيار

توجد مفاهيم عديدة متقاربة كالعدد والمقدار والكيل والكمية والوزن تندرج كلها تحت تعبير واحد هو المقدار، ويقصد به حجم المنتج أو الخدمة من حيث الكيل أو المقياس أو غير ذلك. وترتب هذه العوامل آثارا ونتائج سلبية متى ورد بشأنها كذب أو تضليل¹.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المحل من الكذب والتضليل، قيام وكيل عقاري بالإشهار عن بيع منزل سكني مكون من 5 غرف ومحاط بحديقة إجمالية قدرها 1800 متر مربع، مع أن مساحتها الحقيقية كانت 1112 متر مربع طبقا لبيانات السجلات الرسمية².

د - النتائج المنتظرة

يتعلق الأمر بالفائدة المرجوة أو الفعالية والأثر الممكن للمنتج أو الخدمة محل الإشهار. فالأمر يتعلق بالانتظارات المشروعة للمستهلك من تعاقدته بخصوص السلعة. كأن يعلن عن منتج معين يؤدي ارتدائه إلى فقد الوزن بسرعة وبدون جهد ثم لا تثبت صحة ذلك. غير أن هذه النتائج تطرح صعوبة في التقدير الموضوعي من جانب، وتداخل عوامل مختلفة في تحقيقها كتحديد طبيعة الشيء ومكوناته وطريقة صنعه من جانب آخر³. وهناك العديد من التطبيقات القضائية في هذا السياق تتعلق خاصة بالأدوية ومستحضرات التجميل وأدوية إنقاص الوزن والعلاج الطبيعي والخدمات العقارية والسياحية والتوظيف وغيرها. وفي مجال الخدمات مثلا أدانت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1997/10/15 وكالة سياحية للأسفار قامت بإشهار تدعي فيه أن الرحلة ستكون على متن طائرة مريحة وبالدرجة الأولى، غير أنه اتضح بأن الرحلة كانت بالدرجة الاقتصادية⁴.

¹ - بتول صراوة عبادي، م. س، ص 118.

² - بن خالد فاتح، م. س، ص 171.

³ - نائل عبد الرحمن صالح، جريمة الغش التجاري في التشريع الأردني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 4، السنة 23، 1999، ص 142.

⁴ - Bull. Crim 1997 n° 337, p 1116.

ثالثاً - الكذب أو التضليل المتعلق بأصل المنتج أو الخدمة

قد يتعلق الكذب بأصل السلعة أو طريقة صنعها أو تاريخ صنعها، وهو ما سنوضحه في الفقرات التالية:

أ - أصل السلعة أو الخدمة

الكذب أو التضليل المنصب على أصل السلعة أو الخدمة أو مصدرها إما أن يتعلق بمكان الإنتاج أو مكان الاستخراج إذا ما تعلق الأمر بمنتجات طبيعية، أو بالأنساب والسلالات بالنسبة للحيوانات، أو بالعصر الذي صنعت فيه المنتجات كما هو الحال بالنسبة للأثاث¹. ويبرر ذلك بأن العديد من المستهلكين يتخذون قرارهم بشراء سلعة ما اعتماداً على أصلها أو مصدرها لارتباط ذلك في ذهن المستهلك بجودة المنتج وكفاءته.

وهو ما تصدت له المادة 182 من قانون الملكية الصناعية² عندما نصت على أنه: "يعتبر غير مشروع الاستعمال المباشر أو غير المباشر لبيان كاذب أو خداع يتعلق بمصدر منتج أو خدمة بهوية المنتج أو الصانع أو التاجر... أو لبيان جغرافي أو لتسمية منشأ كاذبة أو خداعة أو تقليد بيان جغرافي أو تسمية منشأ حتى ولو كان مشاراً إلى منشأ المنتج الحقيقي أو كانت التسمية مترجمة أو مشفوعة بعبارات مثل: "النوع" أو "الطريقة" أو "التقليد" أو ما شابه ذلك"³. وخصص ذات القانون جزاءات جنائية في حالة المخالفة⁴.

ويجوز القضاء الفرنسي بالكثير من الأحكام القضائية التي تتعلق بالأصل كمحل للكذب أو التضليل. حيث قضي مثلاً أنه يعد إشهاراً كاذباً للإشهار الذي قام فيه تاجر يدعي بأن الأرناب التي يبيعها قادمة من منطقة فرنسية شهيرة بإنتاج الأرناب، في حين أنها قادمة من منطقة أخرى في فرنسا. وكذلك الإشهار عن قهوة تحمل اسم São Paulo في حين أن جزءاً قليلاً

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

2 - تم تغيير وتنظيم المادة 182 ق.م. ص بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 31.05 القاضي بتغيير وتنظيم القانون رقم 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية. ج. ر عدد 5397 بتاريخ 20-02-2006، ص 453.

3 - إلا أنه إذا لم يكن الاسم الجغرافي بياناً جغرافياً (المادة 180 ق.م. ص) أو تسمية منشأ (المادة 181 ق.م. ص)، يمكن اعتماده كعلامة شريطة عدم مغالطة المستهلك بشأن المصدر الجغرافي للمنتج أو الخدمة المعنية.

4 - المادة 226 ق.م. ص التي تحيل عليها المادة 231 من ذات القانون.

منها مستورد من البرازيل¹. وعلى ذات المنوال لا يجوز اتخاذ علامة: "منتجات جلد مغربية Maroquinerie du Maroc" لتعيين منتجات جلدية مصنوعة في مكان آخر، أو علامة "فخار آسفي" لتعيين منتجات فخارية تقليدية مصنوعة في منطقة أخرى².

ب - طريقة الصنع

يزداد الاهتمام بطريقة صنع المنتجات يوما بعد آخر وتنتشر الدعوة إلى العودة للمنتجات التي تصنع بطريقة طبيعية وخاصة بالنسبة للمنتجات الغذائية، نظرا للآثار الضارة التي تسببها المواد الكيماوية والحافطة للمنتوج الصناعي من إضرار بالصحة. وبطبيعة الحال بالنسبة للمنتجات غير الغذائية كالمنسوجات مثلا، لما للطريقة التقليدية من فن وأصالة ومهارة فائقة³. ومن ثم مسؤولية المعلن إذا ما ضمن إعلانه كذبا أو تضليلا تعلق بطريقة إنتاج السلعة المعلن عنها. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بقيام جريمة الإشهار الكاذب أو المضلل عن الإشهار الذي زعم فيه خباز على غير الحقيقة أن خبزه ينضج على نار الخشب في حين أنه ينضج على نار اصطناعية⁴. كذلك إعلان إحدى المؤسسات التجارية المختصة بصناعة السجاد أنها تنتج السجاد بطريقة يدوية مع أنه يتم تصنيعه آليا.

ج - تاريخ الصنع

يحدث كثيرا أن يرد التضليل بشأن تاريخ الصنع أو تاريخ انتهاء مدة الصلاحية عن طريق تقديم التاريخ أو تأخيرته، وهذا النمط من التضليل لا يتصور وقوعه إلا في المنتجات دون الخدمات. فالكذب في تاريخ الإنتاج قد يشكل خطرا على صحة وسلامة المستهلك خاصة فيما يتعلق بالمنتجات الدوائية والغذائية المحفوظة التي تنتهي مدة صلاحيتها. كذلك بالنسبة للأثاث المنزلية فقد يكذب البائع بخصوص تاريخها لإضفاء صفة تاريخية عليها في حين أنها

1 - بن خالد فاتح، م. س، ص 176.

2 - فؤاد معلال، بعض مظاهر حماية المستهلك في القانون الجديد للملكية الصناعية، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 1، أكتوبر 2007، ص 21.

3 - بتول صراوة عبادي، م. س، ص 119.

4 - أحمد السعيد الزرقف، م. س، ص 107.

حديثة الصنع. واضح إذن شدة ارتباط هذا العنصر بالعناصر الأخرى ككفاءة المنتج وصلاحيه أداء الغرض المنتظر منه.

الفقرة الثانية: الكذب أو التضليل الخارج عن ذات المنتجات أو الخدمات

ليس بالضرورة دائما أن يكون الكذب منصبا على ذاتية المبيع وإنما قد يمس أمورا خارجة عنه، كدوافع البيع (أولا) وشروطه (ثانيا) ومدى التزامات المعلن (ثالثا) والأسعار (رابعا) وبيانات المعلن (خامسا).

أولا - الباعث على التعاقد

قد يلجأ المعلن إلى الكذب أو التضليل بشأن الأسباب الدافعة للبيع بهدف تحفيز المستهلك على الإسراع إلى الشراء حيث يحدد له فترة زمنية وجيزة لاتخاذ قرار التعاقد، كأن يعلن أن البيع بقصد التصفية النهائية في خلال أسبوع واحد أو أن إجراء الإصلاحات والتغيير الشامل للمحل هو الدافع إلى التصفية السريعة، أو الإفلاس ووقف النشاط التجاري وحجز البضاعة في الجمارك وأمر المحكمة بالبيع أو تغيير غرض الشركة، ويزج المعلن بسلع رديئة للبيع¹. الملاحظ أن ذكر أسباب البيع ودوافعه قد توقع المستهلكين في التضليل، لأنها قد تجعلهم يتوهمون أنهم سيحظون بشروط استثنائية أو أمانة منخفضة تحقق لهم قدرا زائدا من المنفعة، وهو ما يخالف حقيقة الوضع الذي أعلنت عنه الرسالة الإشهارية.

فقد اعتبر القضاء الفرنسي الإعلان مضللا بسبب دافع البيع غير الصحيح، عندما أعلنت شركة أن البيع يتم تنفيذا لأمر المحكمة مع أن الحقيقة غير ذلك². كذلك ما تم الإشهار عنه خلافا للحقيقة عن بيع محجوزات جمركية³.

¹ - منى أبو بكر الصديق، م. س، ص 158.

² - T. G. Paris, 17 Fév. 1966.

³ - T. Corr, Lille, 28 Nov. 1988.

ثانياً: شروط البيع

يرد التضليل فيها على أمور ثلاثة هي الثمن والتسليم والضمان، حيث كثيراً ما تكون الغاية منها حث المستهلك على الاقتناء، لهذا تكثر في الإشهارات عبارات مثل: "التسليم فوري، مصاريف الشحن والتسليم على عاتق الشركة، إمكانية الاستبدال أو التغيير، نحن الأقل سعراً ولا تجد من هو أقل سعراً وإلا دفعنا لك الفرق، كسر الأسعار..."¹

ولهذا فقد صدر في فرنسا منذ 20 يونيو 1945 قانون يقضي في مادته 23 أنه "يؤمن إعلان الأسعار للمستهلك عن طريق الطبع والعنونة واللصق أو بأي طريق آخر مناسب"، ثم صدر بعد ذلك القرار رقم 105-77 لسنة 1977 الخاص بالإعلان عن أسعار المنتجات والخدمات عامة. حيث ألزم المنتج ببيان السعر الحقيقي للمنتج وتسليمه بالسعر المعلن عنه مع تجنب التخفيض الوهمي للأسعار². أما التسليم فيجب أيضاً أن يكون مطابقاً لواقع الحال الذي يتم فيه الإعلان، فلا يجوز أن يعلن مثلاً معرض لبيع السيارات بأن التسليم يتم فوراً ثم يتضح أنه لن يتم في الحال. ويأخذ بنفس الحكم بقدر تعلق الضمان لمدة معينة، كما في إعلان شركة الأجهزة الكهربائية عن ضمان لمدة خمس سنوات، في حين يظهر أن الضمان يقتصر على جزء من الأجهزة دون الأجزاء الأخرى³.

ثالثاً: التزامات المعلن

بهدف جذب أكبر عدد من المستهلكين يعتمد المعلنون إلى التعهد بالقيام بأعمال إضافية أو تقديم خدمات في المرحلة التالية لإبرام العقد كالالتزام بالصيانة وتوفير قطع الغيار للأجهزة المعلن عنها وغير ذلك، وذلك بالنظر للأهمية القصوى التي يوليها المستهلك لمثل هذه التعهدات التي يقطعها المعلن على نفسه والتي يتخذ قراره بالتعاقد تحت تأثيرها. وإزاء ذلك يبالغ المعلن في مدى التعهدات التي يعد بها إلى حد الكذب الذي يخرج عن الأطر العادية لمثل هذه التعهدات

1 - أحمد السعيد الزرقد، م. س، ص 112.

2 - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 117.

3 - عبد الفضيل محمد أحمد، م. س، ص 214.

وبما لا يستطيع معه الوفاء عملاً بما تعهد به¹. وثمة تداخل بهذا الصدد بين شروط البيع والتزامات المعلن التي هي جانب من جوانب شروط البيع. ويتجسد هذا التضليل عندما يشير المعلن مثلاً إلى قدرته على خدمة عدد معين من الرواد في وقت واحد في حين أنه لا يستطيع ذلك. لذلك أدانت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28-05-1997 صاحب شركة للبيع بالمراسلة بحجة إشهار ادعى فيه ربح جائزة عد شراء منتج، غير أن الحقيقة أن البطاقة المرفقة بالمنتج تأهله فقط للمشاركة في السحب المخصص لهذا الغرض².

رابعاً: الأسعار

يعتبر الكذب أو التضليل في الثمن من أكثر الصور انتشاراً في مجال الإعلانات التجارية لما للثمن من تأثير جوهري في قرار المستهلك بالشراء. ويهدف المعلن من وراء ذلك إلى جذب المستهلك إلى مكان البيع تحت التأثير النفسي للرسالة الإعلانية التي تلقاها، ليتفاجأ بأن الثمن الذي تم إعلانه غير حقيقي وأن المنتج الذي قصده يباع بثمن أعلى، حيث يكون محاطاً بكثير من وسائل الإغراء والتحفيز التي تضعف مقاومته إزاءها، فتحيله من رفض التعاقد إلى الإقبال على المنتج بالثمن الذي أراده المعلن³. ويتم التمييز في هذا الخصوص بين الكذب الكلي أو الجزئي، فالأول يتحقق عندما لا يكون للسعر المعلن عنه أي وجود في الواقع، كما لو أعلن التاجر عن تخفيضات في الأسعار لم يطبقها أو كانت وهمية غير حقيقية، أما الثاني فيتوافر عندما يكون السعر صحيحاً في حالة دون أخرى كأن يشمل بعض المنتجات دون الأخرى أو بعض الأشخاص دون غيرهم.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الخصوص، فقد اعتبر من قبيل الإعلان الكاذب أو المضلل ذلك الإعلان الذي تضمن عبارة "سعر مدهش"، في حين أن البيع تم بسعر يفوق السعر العادي⁴. وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24-07-1997 تمت إدانة صاحب محل

¹ - منى أبو بكر الصديق، م. س، ص 157.

² - Bull. Crim 1997 n 211, p 629.

³ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008، ص 150.

⁴ - Paris, 15 Avr. 1972. Gaz.Pal.1927, I.p.407.

تجاري ادعى في إشهاره أنه سيقوم بتخفيضات هامة في الأسعار لفترة محددة على أن تستمر الأثمان منخفضة فيما بعد، إلا أن الأسعار عادت لترتفع بعد انتهاء تلك المدة¹.

خامساً: بيانات المعلن

يعتمد المعلن الكذب فيما يتعلق بصفاته وكفاءته لإضفاء قدر من الثقة به وبسلعته أو خدمته محل الإعلان، ويتم ذلك عندما يزعم حصوله على شهادات وجوائز دولية أو يصف نفسه بصفات أو ألقاب كلقب أستاذ أو اختصاصي أو مالك براءة اختراع، أو توفر شركته على علامة الجودة ISO² مثلاً... فمن شأن هذه الادعاءات أن تحدث أثراً نفسياً ومعنوياً مهماً لدى المستهلك. ولذلك يجوز معاقبة المعلن الذي من شأن إعلانه خداع المستهلك فيما يتعلق بشخصية الصانع أو البائع أو مؤدي الخدمات، وذلك لما يؤدي إليه ذلك من توليد قناعة لدى المستهلك بالنسبة للسلعة محل الإعلان في غير محلها، إضافة إلى أن هذه الصفة قد تحقق للبائع أو الصانع ميزة غير مبررة على منافسيه³. ولذلك قضي بإدانة إعلان تجاري قام بمنح لقب خبير لصاحب مهنة في حين أنه غير متمتع بأي خبرة تميزه. وإعلان آخر أشار إلى أن السلعة محل الإعلان تباع بواسطة موزع معتمد في حين أن الحقيقة غير ذلك⁴.

الفقرة الثالثة: الأساليب المستخدمة للكذب أو التضليل في الإشهار التجاري

يقصد بالأساليب المستخدمة الشكل أو الهيئة التي يظهر فيها الإشهار إلى المستهلك على نحو يؤدي إلى الخداع وتقرير أمر غير حقيقي، لذا يعد ظهور الإشهار بهذا الشكل أسلوباً أو صورة للتضليل. وأساليب الكذب والتضليل في الإعلان كثيرة ومتعددة يتداخل بعضها مع البعض حيث يصبح من العسير حصرها بدقة، ومع ذلك فإن الفقه والقضاء يعتمد بصورة عامة على الأساليب التالية:

¹ - Bull. crim 1997 n 145, p.481.

² - L'Organisation internationale de normalisation.

³ - المادة 8 من القانون 104-12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6276 الصادرة بتاريخ 26 رمضان 1435 (24 يوليو 2014)، ص 6077.

⁴ - عمر محمد عبد الباقي، م. س، ص 156.

أولاً: ادعاء الفردية

تتضمن بعض الإعلانات تأكيدات على تفرد السلعة المعلن عنها وتفوقها أو عدم وجود ما يضاهيها بين مثيلاتها من المنتجات، الأمر الذي قد لا يكون حقيقياً مما يتحقق معه الخداع والاحتيال في محتوى الإعلان¹. وكمثال على ذلك عندما تعلن شركة تجارية ما عن سلعة أو تقديم خدمة تتسم بمواصفات خاصة لا تتوافر في غيرها، كما في حالة إشهار مشروع تجاري أنه الوحيد صاحب الامتياز في نوع التجارة التي يزاولها وليس لإنتاجه إنتاج آخر مماثل في السوق، بينما يتضح بعد ذلك أن أكثر من منتج مماثل متوفر في السوق يتم تداوله وعرضه على المستهلكين. وقد يصل الادعاء بالتفرد لدى بعض المعلنين من أصحاب المشاريع التجارية إلى حد تجاهل الحقائق العلمية الثابتة².

ثانياً: الإعلانات التلفزيونية

تعد التلفزة من أهم وسائل الإشهار لما لها من صدى كبير وتأثير على المستهلكين، حيث يلجأ المعلن لهذه الوسيلة لبث رسالته الإشهارية ويثير هذا النوع من الإعلانات مشكلات عديدة بسبب:

- قيام منتج المنتج نفسه بالإشهار مباشرة عن سلعة من خلال التلفزيون، فتتاح له الحرية التامة في إبراز مزايا سلعته كما يرغب ويشاء دون رقابة.

- استخدام المعلن نماذج زائفة للسلع لغرض إبراز تفوق سلعته على غيرها، حتى لو أشار المخرج الإعلاني أنه قد استعمل تصميمًا غير حقيقي فإن الإعلان يبقى مضللاً. ويظهر ذلك جلياً في إشهار قامت به شرك تجارية منتجة لمرهم (crème) يرطب البشرة مهما كانت درجة خشونتها، حيث اعتمدت الشركة نموذجاً إعلانياً يقوم على استخدام المرهم على ورق مقوى مطلي بمادة لاصقة وضع عليها حبات من الرمل على نحو يظهر فعالية المادة في إحداث الأثر المعلن عنه، بيد أن شركة منافسة اعترضت على الإشهار المذكور باعتباره كاذباً ومضللاً

¹ - ناجي معلا، أساليب التضليل والخداع في الإعلان التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 30.
² - في إشهار لأحد منتجي البطاريات أنها لا تفقد شحنتها إلا بالاستعمال مهما طال الزمن، فالإشهار زائف بالمعنى الحرفي تماماً، فالمقرر علمياً أن البطاريات تفقد طاقتها بمرور الزمن ولو لم تستخدم.

للجمهور لأنه لم يرد فيه أنه تم استخدام نموذج زائف وليس ورقا حقيقيا. كما يندرج تحت هذا الأسلوب أيضا الإشهارات التي تصور السلعة بأكبر من حجمها الحقيقي والطبيعي¹.

ثالثا: إشهار المنتج أو الخدمة على شبكة الأنترنت

تعتبر شبكة الأنترنت وسيلة حديثة وفعالة للترويج لدى المستهلكين حيث يبدأ عرض السلعة أو الخدمة على الأنترنت عن طريق الإشهار عنها. وقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار الأنترنت وسيلة إشهارية كغيرها من الوسائل الإشهارية الأخرى التي تتيح التواصل مع الجمهور من خلال نص مكتوب أو صورة أو صوت، ويمكن المستهلكين من الاطلاع على أسعار وطبيعة السلع والخدمات التي تقدمها الشركات المختلفة.

ما يهمننا أكثر هو الإشهار بواسطة البريد الإلكتروني كونه يثير مشكلة الخصوصية، ففي هذا الإطار نصت المادة العاشرة من التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 20 أبريل 1997 المتعلق بالعقود المنشأة عن بعد، أنه لا يمكن استعمال تقنيات الاتصال عن بعد باتجاه المستهلك إلا بغياب الاعتراض الواضح من قبل هذا الأخير، والمقصود بذلك على الأخص البريد الإلكتروني. فالإشهار التجاري أصبح مؤثرا في سلوك المستهلك وقراره في الإقبال على التعاقد، وهو ما قد يدفع المهني لاستخدام أساليب دعائية منطوية على غش وخداع وتضليل، بل وذكر مواصفات غير صحيحة للمنتج أو الخدمة المعلن عنها، الأمر الذي يستوجب وضع وتنسيق قواعد دولية لضبط الرسالة الإشهارية المعروضة على الأنترنت ما دامت هذه الشبكة تتجاوز الحدود السياسية للدول وبالتالي القوانين الوطنية.

رابعا: شهادات الخبراء والمختصين

يستعين المعلنون بنجوم المجتمع في الأدب والرياضة أو التمثيل ليقرروا بجودة وصحة ماورد في إشهار معين عن المنتجات والخدمات التي يقدمها أولئك المعلنون. حيث يدعي هؤلاء بأن ما تم الإشهار عنه هو الأجود وأنه يعكس اختيارهم المفضل في محاولة لإضفاء أكبر قدر من المصداقية على الرسالة الإشهارية. وكذلك الحال مع الخبراء والمختصين الذين

1 - بن خالد فاتح، م. س، ص 185.

يؤكدون بصفتهن من الثقات، صحة تفاصيل إشهار ما من خلال التجربة الشخصية للمنتج المعلن عنه¹.

ففي قضية إدعى فيها أحد المطربين المشاهير استخدام أبنائه لمنتج يعود لمؤسسة تجارية ذات شهرة عالمية واسعة، إلا أن أبنائه اعترفوا بعد ذلك في لقاء تلفزيوني عدم صحة ما صرح به والدهم وأنهم لم يستخدموا ذلك المنتج إطلاقاً². فمثل هذه الممارسات تشكل تضليلاً للمستهلكين لما لهؤلاء الخبراء من اعتبار لدى الجمهور، الأمر الذي يستدعي إخضاع هاته الشهادات لرقابة قبلية ومنع تمريرها على وسائل التواصل المختلفة وتحميل المؤسسات المخالفة كامل المسؤولية من خلال عقوبات رادعة.

خامساً: الاستخدامات اللفظية المضللة

يلجأ المعلنون أحياناً إلى استخدام ألفاظ معينة ذات مدلول خاص هدفه رفع الإقبال على سلعهم أو خدماتهم، كاستعمالهم مصطلحات " تخفيضات " أو " مجاني " والتي لا تثير إشكالا متى طابقت الحقيقة، أما إذا كانت مجرد أو هام فهي تضليل إشهاري للمستهلك ومنافسة ضارة للمؤسسات التجارية والصناعية المنافسة.

¹ - بن خالد فاتح، م. س، ص 191.

² - بتول صراوة عبادي، م. س، ص 102.

المبحث الثاني: انتشار الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

لا شك أن النظرية العامة للعقد تيسر بشكل واضح الاستغلال والتسلط في العلاقات التعاقدية التي تجمع بين أطراف غير متساوين في مراكزهم القانونية، إذ على مستوى القانون المغربي مثلاً لا يعتد في العموم بالغبن ولا ينهض فيه التدليس سبباً لإبطال العقد ما لم يتخذ وسائل احتيالية توقع المتعاقد معه في غلط يدفعه إلى التعاقد، وهي وسائل أصبحت متجاوزة ولا تتصور إلا في المعاملات الفردية المحدودة فلا تطال بالتالي الصيغ الجديدة للتعاقد من قبيل عقود الإذعان¹ والعقود النمطية التي يتولى إعدادها مسبقاً مختصون يتمتعون بالتفوق الاقتصادي² والكفاءة الفنية، إذ لا تسلم في الغالب من شروط تبدو وفقاً للقواعد العامة شروطاً عادية لا تنال من سلامة الرضى ولكنها في حقيقتها مجحفة ظالمة ترهق المستهلك وتثقل التزاماته³.

إذ يتحقق اختلال التوازن العقدي متى احتفظ المهني بحقه في: استثناء أو تخفيف مسؤوليته العقدية تجاه المستهلك إذا أخل بالتزام تعاقدي، وكذلك إذا احتفظ لنفسه بالحق في تعديل وإلغاء الشروط العقدية دون أن تكون لإرادة المستهلك أي دور في ذلك، أو إذا فرض على هذا الأخير جزاءات مالية مبالغ فيها عندما يخل بتنفيذ التزاماته، بحيث يكون الغرض منها معاقبة المستهلك وحمله على عدم الإخلال بأي التزام تعاقدي وببمس تعويض الضرر الذي

¹ - يعرف عبد المنعم فرج الصدة عقد الإذعان كما يلي: "العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط يضعها الطرف الآخر... لا يسمح بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها".

- ويعرفه السنهاوري بقوله: "ففي دائرة عقود الإذعان يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد لا غنى عنه فهو مضطر إلى القبول، فرضاه موجود ولكنه مفروض عليه هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية..."

- للمزيد انظر مقال د. إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة طنجنيس، العدد 3، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2003، ص 75.

² - Marie-Stéphane PAYET, Droit de la concurrence et de la consommation, éd. Dalloz, 2001, p.131.

³ - الحسين بلحساني، التجديدات الأساسية في مسودة المشروع المغربي لقانون حماية المستهلك، آليات تدعيم رضا المستهلك، مجلة المحاكم المغربية، العدد 84، شتنبر/أكتوبر 2000، ص 111.

أصابه، في مقابل إعفاء المهني من أي التزام مالي في حال الإخلال بأي التزام تعاقدية، وبالتالي حرمان المستهلك من أي تعويض عادل¹.

وعليه، سنتناول ذلك من خلال الشروط التعسفية المخففة من التزامات (المطلب الأول)، والشروط التعسفية المشددة لالتزامات المستهلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط التعسفية المخففة لالتزامات المهني

أدى التطور الصناعي والتكنولوجي المتسارع إلى ظهور مجتمع استهلاكي متنوع فيه العرض وتزايد فيه الطلب على مختلف السلع والخدمات، فانتقل التعاقد من الاعتماد على المساومة والمناقشة المباشرة لشروط العقد بين المهني والمستهلك إلى الاعتماد على عقود نموذجية جاهزة توفر عامل السرعة في إبرام العقود لكنها لا تترك أمام الطرف الضعيف سوى الإذعان لها تحت ضغط حاجته للسلعة أو الخدمة محل العقد. وبحكم أن الطرف القوي اقتصاديا وتقنيا ومعرفيا هو من أعد هذه العقود من طرف واحد فهي طبعا فرصة لتمرير شروط تخدم مصالحه، وعادة ما تنصب هذه الشروط المجحفة على العقد الاستهلاكي نفسه (الفقرة الأولى) أو ترتبط بالمسؤولية والضمان الواجب عليه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الشروط التعسفية اللاحقة بالعقد

تحت تأثير الدعاية والإعلان ومختلف وسائل الترويج التجاري للسلع والخدمات من جهة، وموجة الاستهلاك الجامحة لدى فئة مهمة من المستهلكين من جهة ثانية، يندفع هؤلاء إلى الانضمام لعقود تحفل بالشروط التعسفية. والملاحظ أن هذه الأخيرة لم تعد تقتصر على العقد بمفهومه التقليدي بحيث يقتصر دور الطرف الضعيف فيه على قبول العقد أو رفضه دون إمكانية مناقشة بنوده، بل امتد أثر هذه الشروط إلى كل العقود رضائية كانت أم نموذجية، وهو ما يهدد التوازن العقدي الذي ينتج تفاوتاً صارخاً بين المتعاقدين من حيث المراكز القانونية. وبالتالي فصور التعسف اللاحقة بالعقد ترافقه في مختلف مراحله ويمكن تحديدها كالتالي:

1 - عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، م. س، ص 411.

أولاً: تعليق إبرام العقد على إرادة المهني

أفرزت الأنماط الجديدة للتعاقد تقليص جانب التفاوض قبل التعاقد إلى حد كبير، فأصبحت العقود الاستهلاكية تتشابه من حيث شروطها التي ترمي إلى غاية أولى وهي الإلزام النهائي للمستهلك بمحتوى العقد، في حين يحتفظ المهني لنفسه من خلال نفس الشرط بأجل مريح ليوافق على العقد بشكل نهائي¹.

وتشكل الشروط الإرادية مرتعا خصباً للتعسف في حق المستهلك، حيث يتجلى مضمونه في أن يكون تنفيذ المهني لالتزاماته معلقاً على إرادته المستقبلية، ولأن الشرط الإرادي في حد ذاته يظل مفهوماً غامضاً لصيغته المعقدة والمتنازع حولها، يستخدمه الأطراف ذوو النوايا السيئة ويتعسفون في استعماله للتنصل من التزاماتهم، خاصة وأن ق. ل. ع عرف الشرط الإرادي بطريقة غير مباشرة من خلال الفصل 112 ق. ل. ع²، أي أنه اعتبر الشرط الإرادي ذلك الشرط الذي على محض إرادة المدين، وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المغربية بما يلي: "ينص الفصل 112 من ق. ل. ع على أنه يبطل الإلتزام إذا كان معلقاً على محض إرادة الملتزم، ولهذا يكون لاغياً الشرط الوارد في رسالة شغلت الطاعنة بمقتضاها المطلوب في النقض وحددت مدة تمرين الأجير في ستة أشهر على الأقل ذلك الشرط القائل بأنه أثناء الثلاثة أشهر الأولى من التمرين يمكن إلغاء العقد بدون إنذار أو تعويض ويمكن للشركة إما أن تفصل الأجير بدون إنذار وإما أن تسمح له بمتابعة التمرين"³. وهو ما أكدته محكمة الاستئناف بالقنيطرة في قرارها الذي قضت فيه بما يلي: "عدم إثبات البائع قيامه بما التزم به من أجل إتمام البيع يجعله مخلاً بشرط لا يتأتى تعليقه على إرادته الخالصة، لأنه لا يسوغ التمسك بالشرط من لدن المدين به، ولا أن يتذرع الشخص بنكوله عن التزامه. خيار الفسخ متروك للدائن لا للمدين وفق الفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود"⁴.

1 - نزهة الخدي، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية، عقد البيع نموذجاً، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2004-2005، ص 179.

2 - الفصل 112 ق. ل. ع: "يبطل الإلتزام إذا كان وجوده معلقاً على محض إرادة الملتزم (الشرط الإرادي) ...". وهو يقابل المادة 1304-2 من القانون المدني الفرنسي.

3 - قرار صادر بتاريخ 26-11-69 تحت عدد 18، أورده: محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، الكتاب الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2013، ص 124.

4 - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة، تحت عدد 345 الصادر في الملف عدد 08/51 بتاريخ 17-11-2009.

واضح من القرار أن محكمة الاستئناف ترجمت حرفيا مقتضيات الفصل 112 ق. ل. ع ومن خلالها حدثت من ظاهرة التعسف التي يخلفها الشرط الإرادي، إذ غالبا ما يورد البائع شرطا إراديا محضا مفاده أن إتمام البيع يبقى معلقا على محض إرادته، ويضيف شرطا آخر أنه إذا لم يتمكن من ذلك فله وحده الحق في ممارسة خيار الفسخ. وغالبا ما يدرج المهنيون الشرط الإرادي ضمن الشروط العامة للبيع المطبوعة في صدد شروط التسليم، كعقد بيع سيارة بين صاحب وكالة سيارات ومشتري يحتفظ فيه البائع لنفسه بالسلطة التقديرية في الوفاء أو عدم الوفاء بالتزامه بالتسليم للسيارة المبيعة ويخضع البيع فيه للموافقة الكتابية له.

ويتواجد الشرط الإرادي أيضا في الفصل الثالث (الفقرة 3-3) من عرض مسبق لقرض استهلاكي لإحدى المؤسسات البنكية التي تنص على ما يلي: "عندما يحتفظ المقرض لنفسه بحق قبول أو رفض طلب القرض المقدم من لدن المقترض، يصبح عقد القرض تاما بعد مرور سبعة أيام على قبولكم إذا أبلغكم المقرض بقراره منحكم القرض أو إذا لم تمارسوا حقكم في التراجع خلال سبعة أيام"، وقبل هذا البند هناك بند آخر رقم (1-3) ينص على أنه: "بمجرد قبول هذا العرض المسبق يصبح عقد القرض تاما إذا لم ينص المقرض في العرض المسبق على أنه يحتفظ لنفسه بإمكانية قبول أو رفض طلب القرض المقدم من المقترض"

يتضح من البندين إذن أن المؤسسة المقرضة هي المتحكمة في مرحلة إبرام العقد بكل تفاصيلها، من خلال شروط ناتجة عن تقدير تحكيمي وهو ما يقترب من مفهوم التعسف. وباحتواء العقد على الشرك الإرادي المتمثل في التزام المستهلك بالتعاقد بشكل نهائي وقطعي، في حين تمنح للمهني مهلة ليست بالقصيرة للتفكير ليتخذ قراره، إما بالتعاقد أو عدمه، فإن ذلك سيحرم المستهلك من المزايا التي تمنحها له مهلة التفكير، كما أنه يضرب مقتضيات الفصل 19 من ق. ل. ع عرض الحائط والتي تجعل العقد غير مبرم إذا لم يتفق طرفاه على عناصره الأساسية.

أما بالنسبة للقانون 31.08 فقد جاء في المادة فقد حسم في الأمر من خلال البند 15 من المادة 18 التي نصت على أنه يعتبر شرطا تعسفيا "التنصيب على الالتزام النهائي للمستهلك في حين أن تنفيذ التزام المورد خاضع لشرط يكون تحقيقه بإرادته وحده"، وهكذا يكون قانون

تدابير حماية المستهلك قد حد من إمكانية إيراد شرط تعسفي في العقد يلزم المستهلك بالوفاء أولاً حتى لو أخل المورد بالوفاء، ومن معضلة تماطل المهني في تنفيذ العقد بالرغم من كون المستهلك قد بادر إلى تنفيذ التزامه لوجود شرط يلزمه بتنفيذ التزامه أولاً¹.

ثانياً: انفراد المهني بتحديد الثمن

من حيث المبدأ يجب أن يكون الثمن محدداً في العقد، لكن يجوز للأطراف أن يتفقوا على تحديده فيما بعد شريطة أن يضمنوا العقد العناصر الأساسية لتحديده، ويجوز ترك تحديد الثمن في اتفاق لاحق شرط أن يتم ذلك فعلاً². وفي حالة عدم تحديد هذه العناصر يصبح عنصر الثمن هو والعدم سواء، ويتعين بالتالي التصريح ببطالان عقد البيع من قبل القاضي لتخلف ركن من أركانه.

وقد ذهبت محكمة النقض إلى ما يلي: "طبقاً للفقول 19 و 487 و 489 ق. ل. ع، فإن عقد البيع يشترط في انعقاده إذا ما أبدى الموعود له رغبته في إتمام البيع مطابقة لإرادته لإرادة الواعد التي عبر عنها في وعده مطابقة تامة في كل المسائل الجوهرية التي تناولها العقد، والذي يجب أن يتم فيه هذا التوافق كتابة في بيع العقارات وما يمكن رهنه رهناً رسمياً، ومحكمة الموضوع حين استخلصت أن إرادة طرفي العقد لم تتطابق بشأن ركن الثمن الذي لم يعين في العقد، فإن قضاءها الذي انتهى إلى أن البيع لم ينعقد لفقده ركناً جوهرياً من أركان العقد الذي هو الثمن، وصرحت من تلقاء نفسها ببطالان الوعد بالبيع بطلاناً مطلقاً بقوة القانون لا الحكم بفسخه، يكون قرارها مرتكزاً على أساس قانوني، ولم تكن في حاجة إلى إجراء تحقيق في الخلاف الحاصل في الثمن، ما دام أن عدم حصول التراضي على الثمن يؤدي إلى البطلان المطلق الذي يستتبع اعتبار العقد معدوماً"³.

نستنتج من خلال هذا القرار أن عدم تحديد الثمن أثناء إبرام العقد أو عدم بيان العناصر الأساسية التي يحدد بمقتضاها فيما بعد، يجعل من العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم حصول تطابق

1 - غيبة دكاوي، م. س، ص 34.

2 - الفصل 487 ق. ل. ع.

3 - قرار صادر بجميع غرف المجلس الأعلى بتاريخ 2011/01/31، تحت عدد 404 في الملف عدد 07/1895. منشور عند: غيبة دكاوي، م. س، ص 35.

ما بين إرادة طرفي العقد على ركن الثمن. وفي هذه الحالة تكون المحكمة في غنى عن إجراء بحث للتحقق من النزاع المتعلق بهذا الركن.

وذهب J. Ghestin إلى أن البطلان لعد تحديد الثمن، إذا نظرنا إليه من حيث غايته يمكن أن يقترب من الإبطال للغبن أو للنظام العام الحمائي، حيث يتعلق الأمر بمحاولة إيجاد توازن عقدي فيما يخص الثمن، أي بقيمة الشيء المبيع العقدي الذي يتم تحريفه عن القيام بوظيفته من قبل أحد الأطراف بسبب السلطة الممنوحة له في العقد، إذ أم مبدأ العدالة يحرم أعمال أي أثر لمثل هذا الاتفاق¹. وبالتالي فتوقف تقدير الثمن على إرادة أحد أطراف العقد، يعني عدم وجود تطابق ما بين الإيجاب والقبول على العنصر الأساسي للعقد وهو الثمن، فلا يوجد عقد بالمعنى الصحيح للكلمة، ويكون بطلان العقد إما على أساس عدم تحديد الثمن أو على أساس الشرط الإرادي المحض، والقضاء هنا مخير بين الأخذ بأحد السببين أو هما معا. غير أنه ليس ضروريا أن يكون الثمن محددا في ذاته بطريقة مطلقة، بل يكفي أن يكون قابلا للتحديد بمقتضى شروط العقد، من خلال علاقته مع عناصر لا تعتمد على إرادة أحد الأطراف، أي بدون أن يتم ذلك بطريقة إرادية².

ومن قبيل ذلك، الشرط الذي عادة ما تدرجه الفنادق في تعاقداتها، إذ تحتفظ بحقها في تعديل أسعار كراء الغرف وباقي الخدمات في الفندق الذي حجز فيه المستهلك، حسب سعر صرف العملات لحظة وصل المستهلك إلى الفندق وليس لحظة الحجز. كذلك الأمر بالنسبة للمادة 13 من عقد الاشتراك في الهاتف لاتصالات المغرب الذي ينص على أن "المشارك ملزم بأداء أي زيادة في أسعار الخدمة قد تكون ناتجة عن تعديلات في دفاتر التحملات الخاصة بالشركة، وذلك بشكل تلقائي وانطلاقا من تاريخ دخولها حيز التنفيذ".

إلا أن القانون 31.08 وضع حلا حاسما وفعالا لهذا التعسف في البند 12 من المادة 18 التي نصت على أنه يعتبر شرطا تعسفيا في حالة: "التنقيص على أن سعر أو تعريف المنتجات والسلع والخدمات يحدد وقت التسليم أو عند بداية تنفيذ الخدمة، أو تخويل المورد

¹ - GHESTIN (J) et GOUBEUX (G), Traité de droit civil, introduction générale, 3^e édition, L.G.D.J, 1990, n° 378, p.438.

² - أحمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 294.

حق الزيادة في أسعارها أو تعريفاتها دون أن يكون للمستهلك، في كلتي الحالتين حق مماثل يمكنه من فسخ العقد عندما يكون السعر أو التعريف النهائية مرتفعة جدا مقارنة مع السعر أو التعريف المتفق عليها وقت إبرام العقد".

ثالثا: الشروط التعسفية المتعلقة بالتسليم

لا يختلف اثنان حول أن تعسف المورد في فرض شروط تخدم مصالحه لا تتوقف عند مرحلة إبرام العقد، وإنما يرافقه إلى مرحلة ما بعد العقد. فبمجرد تمام البيع تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري الذي يصبح مالكا بأثر فوري، وهو المبدأ الذي يقوم على مفهوم متطور لحق الملكية الذي ينفص عن الشيء محل هذا الحق، فالذي ينتقل بمجرد التراضي في عقد البيع هم ملكية الشيء المبيع، أما التسليم الذي ينصب على الشيء محل العقد فهو التزام يتحمل به البائع حتى يتيسر للمشتري حيازته حيازة هادئة والانتفاع به انتفاعا كاملا¹.

لكن هذا التسليم لا يمر دائما بمرونة وسلاسة، إذ غالبا ما تكون الإجراءات القانونية التي يستوجبها التسليم متوقفة على الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، وبالتالي فليس من العدل في شيء أن يتحمل الطرف الضعيف توابع تقصير هذه الإرادة الجائرة. فالمهني يمكن أن يتعسف بناء على إرادته المنفردة في تحديد وقت التسليم مخالفا بذلك ما جاء به الفصل 504 ق. ل. ع الذي ينص على أنه "يجب أن يحصل التسليم فور إبرام العقد إلا ما تقتضيه طبيعة الشيء المبيع أو العرف من الزمن".

وهو ما أكدته محكمة النقض في أحد قراراتها حيث جاء فيه: "تسليم الشيء المبيع يجب أن يتم فور إبرام العقد إلا ما تقتضيه طبيعة الشيء المبيع أو العرف في زمن، لا يجبر البائع الذي لم يعط للمشتري أجلا للوفاء بالثمن، على تسليم المبيع إذا لم يعرض المشتري دفع ثمنه في مقابل تسلمه"². ومثال هذا التعسف نجده مثلا في العقود المبرمة مع أحد صانعي السيارات إذ يدرج شرطا مفاده "أنه يحتفظ لنفسه بأجل ثلاثة أشهر إضافية على الاجل المحدد على سبيل البيان، وهذا الأجل الإضافي يمكنه هو أيضا أن يمدد في حالة القوة القاهرة أو توقف الإنتاج".

¹ - عبد الحق صافي، عقد البيع، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1998، ص 294.

² - قرار عدد 1986 الصادر في الملف عدد 93/992 بتاريخ 1983/12/20.

لكن البند 14 من المادة 187 من القانون 31.08 يحد من هذه الممارسات بنصه على أنه يعتبر شرطاً تعسفياً كل شرط من شأنه "تقييد التزام المورد بالوفاء بالالتزامات التي تعهد بها وكلاؤه أو تقييد التزاماته باحترام إجراء خاص"، وهو ما يحسب لهذا القانون.

رابعاً: إمكانية المهني الواسعة في فسخ العقد

إذا ما تراخى أحد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين كعقد الاستهلاك مثلاً، أو لم يف المتعاقد الآخر بالتزامه كلياً أو جزئياً، حق للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد لكي يتحلل من التزامه المقابل¹، أي وضع حد له، فالفسخ هو جزاء الإخلال بالتزام تعاقدي، ومن ثم كان له ارتباط وثيق بالمسؤولية العقدية²، وإن كان المبدأ في الفسخ أن يتم بحكم قضائي، غير أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتم بناء على شرط مضمن في العقد يقضي به، حيث تكتفي المحكمة بمعايينته فقط. كأن يتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء، أي أن الفسخ هنا اتفاقي، وآثاره تترتب بمجرد تحققه، وبالتالي يكون حكم المحكمة في هذه الحالة كاشفاً لا منشأ، وفي ذلك يتم الفسخ بحكم القانون دون اتباع المسطرة القضائية، لأن الفسخ يقع بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء³.

وهذا ما ينص عليه الفصل 260 ق. ل. ع: "إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزامه وقع الفسخ بقوة القانون لمجرد عدم الوفاء". وهو ما يعني بأن الفسخ ليس من النظام العام، وهو ما يفتح المجال واسعاً أمام المهني لينظم طريقة الفسخ بما يخدم مصالحه، وذلك بأن يخول نفسه إمكانية واسعة لفسخ العقد عند عجزه عن تنفيذ التزامه، أو إذا كان ذلك التنفيذ مكلفاً بالنسبة له⁴. وكمثال نورد الشروط التي تضمنها الأبناك ومؤسسات التمويل في عقود الائتمان التي تبرمها مع المستهلكين، والتي لا تتعلق بإخلال المقترض بالتزامه، بل قد تتعلق بحالات خارجة عن إرادته، وقد تكون نتيجة حالة القوة القاهرة، وقد

1 - إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1996، ص 697.

2 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام، م. س، ص 782.

3 - أستاذنا د. محمد شليح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة دبلوم الدراسات العليا، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1983، ص 226.

4 - نزهة الخدي، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية، م. س، ص 274.

تتعلق بممارسة المقرض حقا من حقوقه المدنية كما إذا نازع في "صحة دين البنك عن طريق القضاء". أو إذا ما قرر الأداء المبكر لقرض عقاري أو استهلاكي فشركة التمويل تمنح نفسها الحق في الاحتفاظ بأقساط التأمين عن الفترة المتبقية من مدة العقد¹.

ونجد أصنافا من الشروط العقدية مفروضة فرضا على المستهلكين لا نجد لها وصفا قانونيا يليق بها، فعقد البنك الشعبي ينص في فصله العاشر على أنه: "يصبح العقد مفسوخا بقوة القانون مع سقوط الأجل إذا رغب البنك في ذلك في كل الحالات التالية، دون أن يكون هذا التعداد حصريا"². فمن حالات الفسخ التي أوردها الفصل المذكور، حالات فقدان الشغل، وحالة التوقف على الاستغلال أو تبديل النشاط، وحالة عدم أداء أي قرض آخر لا يدخل في هذا العقد³. ومن حالات الفسخ الغريبة، عدم أداء المقرض الضرائب المفروضة عليه وكذا عدم أدائه واجب الانخراط في صندوق الضمان الاجتماعي أو إذا استقال المقرض من عمله، أو صدرت في حقه عقوبة تأديبية يفقد على إثرها راتبه الشهري⁴. ومن حالات الفسخ كذلك، حالة الحكم على المقرض أو على كفيله بالتسوية أو التصفية القضائية. وقد حكم القضاء الفرنسي بإبطال الكثير من هذه الشروط⁵.

وكذلك في عقود الاشتراك في خدمة الاتصالات⁶ حيث تتعدد الشروط التعسفية مثل:

- السماح للمتعهد بفسخ العقد في حالة مجرد احتمال خطر عدم الأداء. فالفسخ يعتبر تعسفيا وقد يجعل المتعهد في حالة الامتناع عن البيع أو عن تقديم خدمة.
- فعدم تنفيذ العقد هم وحده الذي يبرر طلب فسخ العقد. وفي هذا الإطار قضت

¹ - الفصل 5 من عقد تأمين قرض عقاري لشركة التأمين MCMA (Mutuelle Centrale Marocaine D'Assurances):
- Article 5 : « ... En cas de remboursement anticipé du crédit, La garantie cesse, sans aucune ristourne de cotisation par l'assureur ».

² - الفصل 8/10 من عقد قرض الخواص للبنك الشعبي.

³ - شرط الفسخ هذا يجعل جميع عقود القرض المبرمة مع البنك واحدة، بحيث إذا لم يتم الوفاء بإحداها تفسخ جميع عقود القرض الأخرى.

⁴ - أستاذنا د. أحمد كويسي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 2، 2009، ص 27.

⁵ Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz, droit de la consommation, 7 ème édition, Dalloz, 2006, n° 173, p. 201.

⁶ - أستاذنا د. عبد الحميد أخريف، ولوج المستهلك لخدمة الاتصالات بالمغرب، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 1، م. س، ص 74.

محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 2005/10/26 أن "عدم تسديد المستهلك ما بذمته من دين الاستهلاك يؤدي إلى وقف الاشتراك لا إلى فسخ العقد، والذي لا يتم إلا قضائيا أو اتفاقيا، الشيء الذي يبقى معه طلب تنفيذ العقد أمام عدم قيام الفسخ مبررا والأمر الصادر بالاستجابة له واجب التنفيذ"¹.

- منح المتعهد حق فسخ الاشتراك دون إشعار ولا تعويض ولو في حالة عدم احترام عدم احترام الزبون لأحد الشروط العامة للعقد.

وقد تدخل القانون 31.08 من خلال البند 7 من المادة 18 حيث اعتبر "تحويل المورد الحق في أن يقرر فسخ العقد إذا لم تمنح نفس الإمكانية للمستهلك..." شرطا تعسفيا يؤدي إلى وضعية انعدام التوازن بين الأطراف.

الفقرة الثانية: الشروط التعسفية المتعلقة بالمسؤولية والضمان الواجب على المهني

بتعدد العلاقات الاجتماعية والاقتصادية بين الناس واتساع مسؤولية الأفراد، فإن هؤلاء قد بذلوا جهدهم في التخلص من المسؤوليات التي تهددهم أو على الأقل تخفيفها (أولا)، بل استغلها الطرف القوي لفرض اتفاقات تنظم الضمان على غير الوجه الذي نظم عليه في القانون، وذلك من خلال تحديده أو تخفيفه أو إنقاصه (ثانيا).

أولا: الشروط المتعلقة بالمسؤولية

الأصل أن مرتكب الخطأ يجب عليه إصلاح الضرر الذي تسبب فيه، فهذا المبدأ يطبق بدون تدخل أي اتفاق يمس مسؤولية مرتكب الخطأ، غير أنه أحيانا وفي إطار المسؤولية العقدية، قد يرغب أحد المتعاقدين في إيراد شرط يعفيه من المسؤولية عن تعويض الضرر الذي تسبب فيه²، وذلك عن طريق اتفائه مع المتعاقد المستقبلي ليبرم معه اتفاقا يرفع مسؤوليته عن الضرر دون الرجوع عليه قصد مطالبته بإصلاح هذا الضرر، وإما بالاتفاق مع شخص

¹ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 64 الصادر بتاريخ 2005/10/26، ملف عدد 05-72.

² - MAZEAUD (Henri et Léon), traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Tom III, volume 2, 6^{ème} édition, 1983, p.215, n° 2513.

آخر لتحمل هذه المسؤولية بدلا منه لدفع التعويض للمتضرر. وهو يثير، حسب ذ. François- Paul BLANC إشكال تعارض القانون والأخلاق، الحرية والعدالة¹.

ويقصد بالشرط المعفي من المسؤولية ذلك "الاتفاق الذي بمقتضاه يلجأ أحد المتعاقدين إلى تعديل آثار المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد أو المتولد عن إتيان عمل غير مشروع بالإعفاء من المسؤولية عن المدين"، وعرف أيضا بأنه "ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يتنازل أحد طرفيه عما يستحقه من تعويض قبل الآخر إذا ما أصابه ضرر من جراء إخلال هذا الأخير بالتزام معين يكون مفروضا عليه"².

فمثلا نجد المادة 21 من دفتر تحملات الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء تنص على إعفاء المؤسسة من أية مسؤولية في حالة انقطاع الماء نتيجة نقص كميات المياه لديها، كما تحتفظ لنفسها بحق قطع الماء لدواعي المصلحة من الساعة الثانية عشر والنصف إلى الثانية زوالا، وأيضا أيام الآحاد والعطل من طلوع الشمس إلى غروبها بالنسبة لأعمال الإصلاح. فقطع الماء على المشتركين أيام الآحاد والعطل، دون أن يخضع هذا القطع لأي ضابط، سوى دواعي أشغال الإصلاح، يلحق ضررا كبيرا بالمستهلكين، لا سيما أن الوكالة لا تقوم بواجب إخبار المشتركين حتى يتخذوا الاحتياطات اللازمة لمواجهة هذه الطوارئ، فكيف يمكن تبرير قطع الماء أيام الأعياد، ألا يعتبر هذا الإجراء استخفافا بحقوق ومشاعر المشتركين؟³.

ونجد مثل هذه الشروط في الحالات التي يلجأ فيها المقترض إلى مؤسسات الائتمان لتمويل مشترياته كأن يقتني سيارة بالسلف مثلا، حيث تلجأ هذه المؤسسات إلى إعفاء نفسها من أية مسؤولية في حالة وجود عيب خفي في الشيء موضوع عملية التمويل، أو إذا تبين أن هذا

¹ -François- Paul BLANC : « La question des clauses de non- responsabilité fait partie de celles qui opposent le droit et la morale, la liberté et la justice : peut-on sérieusement s'engager d'une part, alors même que la responsabilité contractuelle implique précisément le respect de son propre engagement ? », in : Zoubida GUELDI, Les clauses de non- responsabilité en droit marocain (préface), presses universitaires de Pérignon, 2002, p. 13.

² - محمود جمال زكي الدين، الوجيز في نظرية القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، طبعة 1968، ص 40.

³ - أحمد كويسى، عقد الاشتراك في الماء والكهرباء، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 1، أكتوبر 2007، ص 93.

الشيء غير مطابق للمواصفات العقدية. فقد ورد في أحد بنود عقد بيع السيارات بالسلف: "لا يمكن رفض أو تأجيل أداء الكمبيالات بحجة وجود نزاع بين المشتري والبائع، وبصفة خاصة في تطبيق شروط ضمان استعمال السيارة لأن المؤسسة التمويلية أجنبية عن اختيار وشراء السيارة. ولا يسوغ للمشتري من جهة ثانية أن يعترض ضد المؤسسة التمويلية بأي دفع كان يحتمل أن يوجه ضد البائع". لا شك أن ثمة ارتباطاً بين عملية الشراء وعملية القرض، فمن المنطقي أن يكون مصير كل من العقدين مرتبطاً بالآخر عند مرحلة التكوين والتنفيذ. كما تعفي المؤسسة التمويلية نفسها من أي مسؤولية في حالة تأخرها في إخبار المركز المسجلة فيه السيارة بأداء الثمن بآتمه. فقد جاء في الفصل 11 من عقد صوفاك كريدي لبيع سيارة بالسلف مع حلول شركة التمويل محل البائع: "...إن إغفال أو تأخير العمل بهذه الإجراءات لا يمكنه أن يكون سبباً لطلب أي تعويض"¹.

ولهذا فقد قررت محكمة النقض المغربية في قرار لها بأنه: "لما كانت المسؤولية عن فعل الشيء تقوم على الخطأ المفترض حسبما ينص عليه الفصل 88 ق. ل. ع، فإن المضرور لا يكلف بإثبات الخطأ وإنما عليه أن يثبت أن المدعى عليه هو حارس الشيء. وأن الضرر قد وقع بفعل الشيء الذي في حراسته، ولا يمكن للمسؤول أن ينفي العلاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي"². وسارت محكمة النقض الفرنسية في نفس الاتجاه عندما أكدت أن الالتباس أو الغموض في شأن أحد شروط العقد، وبشكل يؤدي إلى إعفاء البائع من المسؤولية يصبغ على هذا الشرط صفة التعسف³.

وذهب جانب من الفقه⁴ في إطار عقد الرحلة، إلى ضرورة إبطال شروط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها في نطاق الأضرار الجسدية أو المالية، أي الأضرار التي قد تمس بحياة السائح أو صحته أو سلامته الجسدية وكذلك سلامة أمتعته المعهود بها إلى الشركة السياحية، وذلك لأن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها في هذا المجال يتعارض مع مقتضيات العدالة، فضلاً عن ذلك أن جسم الإنسان خارج عن دائرة التعامل ولا

1 - أحمد كويس، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان، م. س، ص 26.

2 - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 06/02/08، تحت عدد 389 في الملف المدني عدد 04/838.

3 - Cass. Civ, 19 juin 2001.

4 - محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، ص 58.

يصح أن يكون محلاً للتصرف القانوني، فليس لأي شخص أن يتصرف في جسده، ومن ثم يقع باطلاً كل شرط يؤدي إلى المساس بالسلامة الجسدية للسائح، لأن السلامة الجسدية من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه. كما أن مثل هذه الاتفاقات وإن كانت تجيز المساس بجسم السائح إلا أنها تمنع من الحصول على التعويض الكامل في حالة وقوع الضرر، وهذا ما يتنافى مع الالتزام بالسلامة الذي ابتدعه القضاء لغرض حماية الأشخاص من الأضرار الجسدية، أضف إلى ذلك أن مثل هذه الاتفاقات قد تشجع الشركة السياحية على التراخي في تنفيذ التزامها وعدم الحرص على احترام حقوق السائح مما يلحق به ضرراً. وإذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية لا يخلو من خطورة على المستهلك لما له من نتائج وخيمة سواء أكانت مادية أو جسدية، ويرد في كل المجالات وشتى العقود، فإن هناك شرطاً آخر لا يقل خطورة وهو شرط تحديد المسؤولية.

فاتفاقات تحديد المسؤولية هي تلك التي تعين عبئها في ذمة المدين أو تحدد أثرها على طرفيها إما بتخفيفها أو بتقديره جزافاً، وبذلك فاتفاقات تحديد المسؤولية تشمل اتفاقات تخفيف المسؤولية والشرط الجزائي. ويقصد باتفاقات تخفيف المسؤولية تلك التي بمقتضاها يخفض التعويض عن قدر الضرر الذي يستوجبه، كأن يقتصر التعويض على جبر بعض الأضرار دون البعض الآخر، أو تنقص المدة التي يجوز فيها رفع دعوى المسؤولية، بحيث تعين في الحالة الأولى قدراً لا يتجاوز التعويض الذي يلتزم المسؤول بدفعه، وتحدد في الحالة الثانية لرفع دعوى المسؤولية مدة أقل من المدة المعينة في القانون لتقادم الدعوى¹.

ومن أمثلة الحالة الأولى كأن يتضمن العقد بنداً يقضي بقصر التعويض على الإخلال بالالتزام على بعض الأضرار دون البعض الآخر، كأن يتفق بائع السيارة على مشتريها على أنه إذا ظهر العيب في بعض أجزائها لمدة معينة، فإن مسؤولية البائع تنحصر في استبدال الأجزاء سليمة بهذه الأجزاء المعيبة.

أما في الحالة الثانية، فكأن يفرض الطرف القوي شرطاً يسقط بمقتضاه حق الطرف الضعيف في المطالبة بحقوقه داخل أجل يقل عن ذلك الوارد في النص القانوني، أو يكسب

1 - محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص 391.

الأول حقا ولو قبل مرور الأجل الذي أوجب القانون انصرامه¹. ولهذا تدخل القانون 31.08 من خلال البند الأول من المادة 18 التي اعتبرت تعسفيا كل شرط من شأنه " إلغاء أو إنقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته". ويمكن القول إن شرط تخفيف المسؤولية المتعلق بالتقادم يعتبر بمثابة شرط الإعفاء من التعويض، لكنه مؤخر لأن الإعفاء يكون بتاريخ لاحق على نشوء الالتزام.

كما قد يلجأ المتعاقدون إلى تقدير التعويض المستحق على أحدهم في حالة عدم التنفيذ الكلي للعقد أو عدم التنفيذ الجزئي له، وذلك بهدف تجنب صعوبات التقدير القضائي للتعويض أو للحد من سلطة التقدير الممنوحة للقاضي². ففي عقود الائتمان مثلا، يفرض على المقرضين الذين يخلون بالتزاماتهم العقدية إما بسبب عدم أداء أقساط القرض أو التأخير في أدائها، مبالغ مالية باهظة تفوق بكثير الضرر الحاصل للمؤسسة المقرضة. وتتمثل هذه الجزاءات في الفوائد التأخيرية بسعر فائدة القرض مع زيادة تتراوح ما بين 1 بالمائة و 2 بالمائة إضافة إلى 10% في السنة من المبالغ غير المؤداة، هذا فضلا عن أداء 10% من مبلغ القرض والفوائد والعمولات والمصاريف القضائية إذا تمت متابعة المقرض قضائيا³. وإذا فسخ عقد الائتمان الإيجاري بسبب إخلال المكري بالتزاماته، أو إذا فضل فسخ عقد الكراء قبل حلول أجله، فإن مؤسسة الائتمان تفرض عليه أداء أقساط الكراء إلى المدة التي كان سينتهي فيها الكراء، وذلك على سبيل التعويض، فضلا عن الفوائد والمصاريف والأتعاب والرسوم⁴. وما زاد من تعقيد الوضع أمام المستهلك المقرض، هو تحرير النشاط المصرفي في إطار ما بات يعرف بسياسة

1 - غيثة دكراوي، حدود حماية المستهلك من الشرط التعسفي، م. س، ص 58.

2 - محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، م. س، ص 274.

3 - وقد ورد في عقد سلف التجهيز المنزلي: "وفي حالة عدم توفير المئونة المذكورة بكاملها من أداء قسط واحد فقط، أو عدم تنفيذ بنود هذه العقدة بحق للمقرض بقوة القانون، وبعد انقضاء ثمانية أيام على توجيهه إنذارا إلى المقرض، أن يتعرض عليه بسقوط الأجل وأن يطالبه حالا بأداء مجموع دينه من رأس مال، وفوائد ومصاريف أخرى، على أن تبقى الفوائد حقا مكتسبا على سبيل التعويض، وكل تأخير في أداء واحد أو أكثر من الأقساط، يترتب عليه حتما أداء فوائد التأخير حسب السعر المحدد في القرض مع إضافة 2 % إضافة إلى عقوبة لا تتجاوز 10 % من أجل الأقساط غير المؤداة...." أورده ذ. أحمد كويس، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان، م. س، ص 29.

4 - المادة 2-11-1 من عقد وفا سلف للكراء مع خيار الشراء.

الليبرالية الاقتصادية بعدما تخلت الدولة عن تدخلها المباشر في الاقتصاد عامة، وفي توجيه نشاط مؤسسات الائتمان بصفة خاصة¹.

لا خلاف إذن أن المؤسسات البنكية لا تكتفي بتجاوز السعر المسموح به للفوائد البنكية فحسب، بل تعتمد إلى فرض فوائد تأخيرية فاحشة يتحملها الزبون إذا ما تأخر عن سداد أي قسط حل أجله. ولا يقتصر البنك على الفوائد التأخيرية فقط، وإنما يحدد غرامات متعددة على الزبون عن أداء الأقساط الحالية والواجبة، والأدهى أنه يعمل على استخلاصها تلقائياً دون مراجعة القضاء ولا حتى توجيه إنذار إلى المقترض يعلمه فيه أنه قد تأخر عن دفع قسط أو عدة أقساط مستحقة، ولا يقاضي البنك زبونه المتوقف عن الأداء إلا بعد أن يكون قد تخلد بذمة هذا الأخير أقساط عن مدة التراخي مصحوبة بارتفاع مهول في مبلغ الفائدة التأخيرية².

وفي مثال آخر، نجد أن المكتب الوطني للماء الصالح للشرب يفرض 30 درهما كجزاء عن تأخر المشترك عن أداء الفاتورة مباشرة بعد انتهاء الأجل وذلك بشكل تلقائي، بل وحتى دون أن تشير إلى قيمة هذا المبلغ لا في عقد الاشتراك ولا في فاتورة الاستهلاك، وإنما توجد هذه الجزاءات في المساطر الداخلية للمؤسسة، وهو الأمر الذي لا يستطيع الزبون أن يطلع عليه، بل إن مستخدمي المؤسسة نفسها لا يعلمون إلا مبلغ هذه الجزاءات دون معرفة مصادرها.

وبمرور 10 أيام أخرى (وهو ما يشكل أجلاً ثاني من وجهة نظر المؤسسة)، فإنها تقرر جزاء آخر يضاعف الجزاء الأول (60 درهما عوض 30 درهما). وبمجرد مراجعة هذا الجزاء الثاني، نلاحظ أنه ليست هناك أية إشارة إلى هذا الأجل، سواء في عقد الاشتراك أو في فاتورة الاستهلاك، كما أن المؤسسة لا تكلف نفسها عناء إرسال إخطار للمستهلك المائي. وبالرجوع للممارسة المتبعة داخل هذه المؤسسة، نلاحظ أنه بمجرد انتهاء الأجل الثاني، فإنها تقوم بتعليق تزويد الماء وسحب العداد، ثم فسخ عقدة الاشتراك³.

¹ - للمزيد حل معدلات الفائدة، انظر: حميد وهيب، سياسة معدلات الفائدة، مقال منشور في سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية الصادرة عن المعهد العالي للقضاء، العدد 4، يونيو 2004.

² - الزبير المعروف، حماية المقترض من الشروط التعسفية، سلسلة دراسات وأبحاث، العدد 4، 2013، ص 90.

³ - عبد الرحمان الشرقاوي، عقد الاشتراك المائي، بين مفهوم الملك العمومي المائي وهاجس حماية المستهلك، الطبعة الأولى، 2017، ص 127.

ثانياً: الشروط المتعلقة بالضمان

ينص الفصل 532 ق. ل. ع على أن " الضمان الواجب على البائع يشمل أمرين:

أ- حوز المبيع والتصرف فيه بلا معارض (ضمان الاستحقاق)

ب- وثانيها عيوب الشيء المبيع (ضمان العيب).

إلا أنه غالباً ما تتضمن عقود الاستهلاك شروطاً بموجبها يعفي المورد نفسه من الضمان، فدائماً ما تنص عقود الائتمان الإيجاري على أن المكري معفى تماماً من ضمان العيوب الخفية، وأن المكثري يتعهد بعدم الرجوع ضده بمناسبة المطالب بضمان هذه العيوب، مبرراً ذلك بأن الطرف الأخير هو من يقوم باختيار الأصل واختيار مورده، كما أنه هو من يحدد مواصفاته، ويقوم باستلامه مباشرة من المورد دون المرور عبر المكري، وبالتالي يجب أن يتحمل ظهور عيوب خفية لا حقة على إبرام العقد لوحده، دون الرجوع على المكري الذي يعتبر إعفاؤه من هذا الضمان إعفاء تاماً ومطلقاً، ما دام يمنحه مكنة للتعويض عن هذا الضمان بإمكانية الرجوع على المورد شخصياً للمطالبة به رغم عدم وجود أية علاقة مباشرة تربط بين المكثري والمورد في إطار عملية الائتمان الإيجاري¹، وهذا الشرط نظراً لإجحافه وتعسفه الجلي هو ما جعل القضاء ولمدة طويلة لا يعترف بإمكانية إعفاء المكري نفسه بالكامل من ضمان العيوب الخفية بشكل صحيح إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط التي نظمها القانون².

كما تعتبر عقود التأمين من العقود الاستهلاكية التي تعتبر مجالا خصباً للشروط التعسفية، فقد يدرج المؤمن شرطاً مفاده أنه في حالة عدم وجود الفحص الطبي ينعدم الضمان، بالرغم من أن القضاء لم يعتبر الفحص الطبي من الوثائق التي يحول عدم وجودها دون وجود التأمين³. وبالرجوع للفصلين 571 و 573 ق. ل. ع يتبين أن البائع يمكنه التحلل من التزامه بالضمان بالتخفيف منه من خلال وضع شروط تحد من مسؤوليته عن العيب، شريطة قبول

¹ - رياض فخري، عقد الائتمان الإيجاري بين مدونة التجارة والقانون المنظم لمؤسسات الائتمان، مجلة الحقوق المغربية، العدد 6، السنة الثالثة، أكتوبر 2008، ص 96.

² - غيثة دكراوي، م. س، ص 65.

³ - قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1988/12/06 رقم 10544 في الملف الجنحي رقم 88/10867، مجلة المرافعة، العدد 20، أكتوبر 2010، ص 196.

المشتري بهذه الاشتراطات قبولا صريحا بإرادته السليمة. لكن إذا كان ذلك ممكنا في العقود الرضائية، فمن الصعب حصول التراضي في مجال عقود الإذعان التي تقيد مجال مناقشة الشروط التي فرضها الطرف القوي.

ولا يبقى أمام المستهلك من وسيلة سوى إثبات سوء نية البائع طبقا للفصل 574 ق. ل. ع الذي ينص على أنه "لا يحق للبائع سيء النية التمسك بدفوع التقادم المقررة في الفصل السابق، كما لا يحق له التمسك بأي شرط آخر من شأنه أن يضيق حدود الضمان المقررة عليه، ويعتبر سيء النية كل بائع يستعمل طرق احتيالية ليلحق بالشيء المبيع عيوباً أو ليخفيها"¹.

المطلب الثاني: الشروط التعسفية المشددة لالتزامات المستهلك

بحكم الفارق الكبير بين المهني والمستهلك على مستوى القدرة والكفاءة التقنية والمادية، فغالبا ما يوقع هذا الطرف الضعيف على عقود بها شروط مجحفة تشدد مسؤولياته والتزاماته لصالح المورد، سواء تعلق الأمر بمرحلة إبرام العقد (الفقرة الأولى) أو بما بعدها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التعسف اللاحق بمرحلة إبرام العقد

تتنوع الشروط التعسفية المرتبطة بمرحلة إبرام العقد لكنها تنصب أساسا على المس برضى المستهلك (أولا)، أو على اتفاقات لا يتضمنها العقد (ثانيا)، أو على محل العقد نفسه (ثالثا).

أولا: الشروط التعسفية المتعلقة برضى المستهلك

الشروط التي يتعمد من خلالها المهني إلزام المستهلك بقبول العقد أولا، بينما يعطي لنفسه مهلة ليست بالقصيرة قصد التعبير عن رغبته في التعاقد من عدمه يعتبر شرطا تعسفيا. غير أن هذا الشرط لم يدرجه قانون 31.08 ضمن قائمة الشروط التعسفية المنصوص عليها في المادة 18، لكن ذلك لا يعني أنه ليس تعسفيا، لأن قائمة الشروط المذكورة ليست حصرية

¹ - حيث اعتبرت محكمة النقض في قرارها عدد 563 بتاريخ 18-02-2009 في الملف رقم 3959/1/32008، أن السمسار ضامنا للعيوب اللاحقة بالسيارة التي تسلمها من أجل بيعها، ولو كانت ناتجة عن فعل الغير.

وإنما وردت على سبيل المثال، والدليل أن المشرع استعمل عبارة "وعلى سبيل المثال لا الحصر"، كما أن القانون اعتبر شرط إلزام المستهلك بالتنفيذ النهائي في حين أن التزام المورد بالتنفيذ يبقى معلقا على محض إرادته شرطا تعسفيا، وبالأحرى كذلك إلزام المستهلك بقبول العقد أولا، بينما يعطي لنفسه مهلة ليست بالقصيرة للتعبير عن رغبته في التعاقد من عدمه شرطا تعسفيا. وما يزيد من تعسف هذا الشرط هو قبول المستهلك به دون وعي نظرا للتعقيد الذي أصبح عليه مجال إبرام التعاقد وطرق تحريرها، إلا أن المهني قد يواجهه برفض عملية التعاقد. فبحكم أن المهني هو من يشرف على تحرير نموذج العقد، فالمحامون المكلفون يصيغونه بأسلوب معقد ليولد شعورا لدى المستهلك بعدم جدوى قراءتها لما تثيره من صعوبات في فهمها. إذ يتفننون في صياغة شكل وطريقة أو كيفية إبرام نموذج العقد، فتارة يصاغ بأحرف دقيقة أو ناعمة أو بشكل مزدحم متعذر القراءة، أو من خلال شروط جوهرية ومحل اعتبار ثانوي وجانبي في الوثيقة حتى لا ينتبه إليها الطرف الضعيف، وتارة يوقع على وثيقة لا يعلم أنها تنطوي على عقد ملزم¹.

ثانيا: الشروط التي تدعن المستهلك لاتفاقات لا يتضمنها العقد

شروط الإحالة هي الشروط التي تحيل المستهلك على شروط غير واردة في العقد الذي وقعه أو المتضمنة في وثيقة أخرى لم يتم الاطلاع عليها من طرف المستهلك ولم يوقع على مضمونها بشكل صريح. فقد أدى التطور العلمي والتكنولوجي إلى وجود إنتاج وافر من السلع والخدمات وتزايد أعداد المستهلكين، مما ساهم في اتساع المعاملات التعاقدية بالسرعة الفائقة. ولكي يستجيب المهنيون لهذه الظاهرة عمدوا إلى تحرير نماذج عقود سابقة الإعداد يمررون من خلالها كل الشروط المراد تضمينها في العقد وما على المستهلك إلا التوقيع إذا أراد التعاقد. لكن الواقع يؤكد أن هذه الشروط أصبحت تنسم بعدم العدالة إلى الحد الذي يصل إلى الإجحاف² وذلك بسبب تحكم المهني في صياغتها.

¹ - أحمد عبد الرحمان الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق الكويتية، السنة العاشرة، العدد الأول والثاني، مارس - يونيو 1192، ص 262.

² - مديرية التجارة والتسويق بالمكتب الوطني للماء الصالح للشرب مثلا، تعتمد المذكرة الداخلية رقم 18 الصادرة بتاريخ 6 فبراير 2008 كمرجع لتلزم المشترك الجديد بأداء:
- المتبقي على عاتق المشترك السابق.

وفي هذا السياق المجحف والمتعسف، فقد يوقع المستهلك على العقد دون أن ينتبه بأن هناك شروطاً أخرى بقيت خارج مجال العقد ولم توضع تحت بصره لحظة توقيعه عليه. فالمقصود إذن هي تلك الشروط أو البيانات غير الواردة بالوثائق الموقع عليها من طرف المذعن لأنها غير مضمنة بالمحرر الذي بين يديه، إلا أن نية المحترف اتجهت للاحتجاج بها ضد المتعاقد الآخر بحجة أنه تم تعليق هذه الشروط في مكان ما¹. وقد نصادف مثل هذه الشروط اللاحقة بالعقد في تذاكر السفر والإيصالات أو في شكل إعلانات وملصقات. وقد حاول الاجتهاد القضائي الفرنسي حماية المستهلك من هذه الشروط من خلال التشدد في قبولها لأنها لم توضع رهن إشارته بتاتا².

كما تشكل أيضاً الشروط الواردة بطريقة الإحالة حاجزا حقيقيا أما رضا مستنير وملم بكافة جوانب العقد، حيث يوقع المتعاقدان على وثيقة العقد المبرم بينهما، ويشار فيها إلى وثيقة أخرى تتضمن تلك الشروط، وبالتالي يثور السؤال بمدى حجيتها في مواجهة المستهلك؟

فالأصل أن المستهلك التزم بما رآه في العقد لحظة توقيعه، وبما أن الشروط المحال عليه لم تكن واضحة ولم يتأت له الاطلاع على فحواها، فهي غير ملزمة له، وإلا كان الإجحاف والتعسف ثابتا. وقد قضت محكمة الاستئناف بمراكش أنه "لا يكفي الدفع بعدم الضمان لعدم وجود الفحص الطبي لسائق، بل لابد من الإدلاء بعقد التأمين المنصوص فيه على انعدام الضمان في حالة انعدام الفحص الطبي"³. وخلاصة القول، فالشروط غير المدرجة في العقد الأصلي تكون ملزمة للمستهلك إذا كانت متوازنة وتحقق له منفعة واضحة، والعكس صحيح إذا كانت لا تحقق المساواة ولم يعلم بها المستهلك. وذلك تحقيقا للعدالة التي غابت أثناء عملية إبرام العقد لغياب الشفافية.

- متأخرات استهلاك الماء والتطهير التي تخص نفس العقدة مع الأخذ بعين الاعتبار في الحساب الضمانة المسبقة وصوائر الفسخ.

- مصاريف الاشتراك الجديدة وباقي خدمات الربط.

للمزيد حول هذا الموضوع، انظر: عبد الرحمان الشرقاوي، م. س، ص 126.

¹ - محمد بحماني، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، أطروحة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2005-2006، ص 156.

² - غيتة دكراوي، م. س، ص 83.

³ - قرار صادر في الملف الجنحي عدد 18/3409، بتاريخ 1981/03/16، منشور بمجلة المحامي، العدد 3، سنة 1981، ص 84.

ثالثاً: الشرط التعسفي المرتبط بمحل العقد

يعتبر الثمن أحد ركني محل عقد البيع ولا تقل أهميته عن تعيين المعقود عليه، وذلك لدوره الهام في بناء قرار المستهلك بالتعاقد، بالنظر إلى إمكانياته المادية المتاحة وحرصه البالغ على ألا يقدم مقابلاً للسلعة أو الخدمة بقدر يفوق قيمتها الحقيقية¹. ويلزم في تحديد محل الالتزام، وفقاً للفصول من 57 إلى 67 ق. ل. ع أن يدخل في دائرة التعامل، وأن يكون ممكناً غير مستحيل ومعيناً أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً غير مخالف للنظام العام ولحسن الآداب.

لكن الإشكال يكمن في إلزام المستهلك بالدفع المسبق للثمن ولو قبل حصول عملية التسليم، مما يضع المستهلك في وضع غير مطمئن لأن الطرف الآخر لم ينفذ التزامه بل وقد يعدل البائع عن التنفيذ، وقد يزداد الأمر خطورة عندما يشترط البائع على المستهلك أنه حتى في حالة تراجع البائع عن التنفيذ فإنه لا يستحق التعويض المقرر بمقتضى القانون، وأما هذا الوضع لا يكون أمام المستهلك سوى القبول بهذا الشرط لأنه في وضعية الاضطرار وبالتالي الإذعان.

فبالرغم من الضمانات التي أحاط بها المشرع عملية أداء الثمن، إلا أن التجار يقومون بوضع شروط تنظم دفع الثمن بما يتيح لهم الحصول عليه قبل شروعهم في تنفيذ التزامهم بتسليم المبيع أو أداء الالتزام محل التعاقد، وتعد هذه الشروط غاية في التعسف لأنها تحرم المستهلك من كل وسيلة تمكنه من إجبار البائع على تنفيذ التزامه، كفقده حق حبس الثمن المقرر له قانوناً. وقد تدخل القانون 31.08 في البند 15 من المادة 18 للحد من هذا الإجحاف، حيث اعتبر كل شرط من شأنه إلزام المستهلك بالوفاء أولاً بالرغم من عدم وفاء المهني بالتزامه شرطاً تعسفياً. وهو ما قد يعيد بعض التوازن للعقود الاستهلاكية التي تحوي مثل هذه الشروط.

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، م. س، ص 29.

الفقرة الثانية: التعسف المتعلق بمرحلة ما بعد إبرام العقد

التفاوت المعرفي والاقتصادي بين طرفي عقود الاستهلاك تجعل الطرف القوي يحقق أكبر منفعة من وراء عملية التعاقد على حساب الطرف الآخر المذعن لتعسفه الذي لا يقف عند مرحلة إبرام العقد بل يرافقها إلى ما بعد انعقاده. وتتعدد تجليات الإجحاف التي تلحق بتنفيذ العقد من قبل المستهلك (أولاً) والتي تهدف غالباً إلى تشديد التزاماته (ثانياً).

أولاً: مظاهر الإجحاف الذي يلحق بتنفيذ العقد من قبل المستهلك

حرية أطراف العقد في الاتفاق على شروطه في ظل سيادة المبادئ القانونية التقليدية تسمح للطرف المهني بإمكانية فرض شروط غير متوازنة على المتعاقد الآخر، وتمكنه من توجيه العقد خلال مرحلة تنفيذه بالشكل الذي يخدم مصالحه.

فإذا كان البائع ملزماً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وبضمان حيازته حيازة هادئة، وانتفاعه منه انتفاعاً يحقق الغرض المقصود منه، فإنه بالمقابل، وطبقاً للفصل 576 ق. ل. ع، يقع على المشتري التزامان أساسيان وهما دفع الثمن وتسلم المبيع. فالتسليم للعقار يكون بحيازته بعد أن يخليه البائع، وتسلم المنقول يكون بقبضه من البائع أو بحيازته إذا كان المنقول في مكان لا ينقل منه¹، وتسلم الأوراق المالية يكون بقبضها أو بإيداعها في حساب المشتري. وبما أن المقتضيات المنظمة للالتزام بالتسليم لم تأت في صيغة قواعد أمره وهو ما نص عليه الفصل 580 ق. ل. ع، فإنه يجعل من الممكن إبرام عقد البيع دون تحديد تاريخ ومكان معينين لتسليم المبيع لأن عدم تحديد هاتين العنصرين لا يؤثر في العقد، ومادام التسليم والتسليم وجهان لعملة واحدة فالمهني يلجأ إلى تضمين العقد مجموعة من الشروط التعسفية التي يهدف من ورائها جعل التسليم معلقاً على محض إرادته، حيث يكثر من العقبات والعراقيل ليصبح أمر التسليم أمراً مستعصياً ومتوقفاً على إرادته، وبالتالي تصبح إمكانية التسليم معلقة على إرادة المهني وليس المستهلك، على عكس ما تنص عليه المقتضيات المنظمة للتسليم باعتباره من الالتزامات الملزمة على عاتق

1 - أحمد عبد الرزاق السنهوري، م. س، الجزء الرابع، ص 746.

المشتري¹. لكن في حالة مطل الدائن فإنه يعد مخلا بالتزامه ويجوز للبائع أن يطالب قضاء بتنفيذ التزام المشتري.

كما أن التعسف قد يظهر من خلال الألفاظ والموجودة في العقد²، وقد لا يظهر ذلك إلا بعد أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد بشروطه حينها يقع تحت ضغط وإذعان الطرف الآخر. وهذا هو الحال بالنسبة للشرط الذي يثقل كاهل الطرف الضعيف بتحمل مخاطر نقل المبيع. فإذا كان المتفق عليه قانونا هو التزام البائع بالتسليم حسب الفصل 499 ق. ل. ع، فذلك لا يمكن التسليم به إذا كان الشيء المبيع يستوجب نقله من مكان لآخر، إذ أن التسليم لا يتم إلا في وقت وصوله للمشتري أو نائبه³، وإذا كان الالتزام بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق غاية لأنه متفرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع، يترتب عن ذلك أن تبعة هلاك المبيع تكون على البائع ولو كان المشتري قد أصبح مالكا للمبيع قبل هلاكه⁴.

فالمشرع المغربي ميز من حيث تحمل تبعة هلاك المبيع بين ما إذا كان المبيع لا يحتاج إلى النقل، ففي هذه الحالة تقع تبعة الهلاك على المشتري بمجرد إبرام العقد⁵، أما إذا كان المبيع يستوجب النقل، فإن تبعة الهلاك تقع على البائع⁶. ويكتسي هذا النص أهمية كبيرة بالنسبة للمستهلك حيث يوفر له الحماية بالنسبة للبيوعات التي تستوجب النقل من مكان لآخر⁷. إلا أن المهنيين يحرصون دائما على تضمين العقود شرطا يجعل تبعة الهلاك على المستهلك مخالفين بذلك المقتضيات القانونية التي تحملهم هذه المخاطر.

¹ - غيثة دكراوي، م. س، ص 101.

² - Cass. Civ, 21 Jan. 2003, Dalloz, J, 2003, n° 10, p. 693.

³ - الفصل 503 ق. ل. ع.

⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، م. س، الجزء الرابع، ص 531.

⁵ - الفصل 493 ق. ل. ع.

⁶ - الفصل 496 ق. ل. ع.

⁷ - كمجال نقل البضائع مثلا، حيث تبقى تبعة الهلاك، سواء كان كليا أو جزئيا، على البائع.

ثانياً: الإمكانية المحدودة للمستهلك في فسخ العقد

يعد الفسخ بشكل عام ذلك الحق المخول للدائن في العقد الملزم للجانبين إذا لم يف المتعاقد الآخر بالتزامه لحل العقد. ومبادرة فسخ العقد تظل تصرفاً قانونياً انفرادياً من جانب الدائن يرتب أثراً قانونياً متمثلاً في إنهاء العقد¹. وما دام المشرع المغربي يسمح بمقتضى الفصل 260 ق. ل. ع لكلا المتعاقدين بالاتفاق على فسخ العقد، فإن صيغة الجواز الواردة في الفصل المذكور تفيد أنه ليس من النظام العام، وهو ما يفسح المجال أمام المهني لدس شروط تعسفية تلزم المستهلك بالتعبير عن رغبته في الفسخ داخل أجل قصير تحت طائلة التجديد الضمني للعقد لنفس المدة التي غالباً ما توصف بالطويلة. كما في عقد الاشتراك في خدمة الاتصالات حيث يعتمد المورد إلى:

- تضيق نطاق فسخ العقد من طرف الزبون في مقابل توسيعه أو إطلاقه في جانب المزود بالخدمة.
- بقاء الزبون ملزماً بأداء قيمة الاشتراك عن المد الباقية في حالة الفسخ السابق على نهاية الأجل المفروض (في حالة عرض يفرض أجلاً أدنى للاشتراك).
- تحديد الأسباب على سبيل الحصر لإلغاء الاشتراك من طرف المستهلك.
- منع أي فسخ بدون مصاريف.
- فرض شكايات معينة لإجراء الفسخ أو الإلغاء ويجعلها على عاتق المستهلك فقط.
- اعتبار الفسخ أو الإلغاء هو الطريق الوحيد المتاح للمشتراك في حالة عدم تنفيذ العقد من طرف المتعهد، لأنه يحرمه من إمكانية إجبار المتعهد على تنفيذ التزامه أو التعويض في إطار المسؤولية العقدية.
- اعتبار أن الفسخ بناء على طلب الزبون لا ينتج أثره إلا عند نهاية الشهر المقبل².

كما أن المهنيين قد يدرجون شروطاً في العقد تلزم المستهلك بتنفيذ العقد وغذا لم يتمكن من الاستمرار في العقد فإنه يفقد مقدم الثمن (العربون)، فخطورة مثل هذا الشرط تتجلى في

¹ - غيتة دكاوي، م. س، ص 108.

² - عبد الحميد أخريف، ولوج المستهلك لخدمة الاتصالات بالمغرب، م. س، ص 73.

حرمان المستهلك من فسخ العقد إضافة إلى فقدانه للعربون الذي دفعه. وهوما يتنافى مع قواعد الشفافية والعدالة.

الفرع الثاني: قصور المقتضيات القانونية المنظمة لعقود الاستهلاك

رغم المكتسبات التي قد يجنيها المستهلك من مختلف الآليات القانونية التي مرت بنا في الباب الأول من بحثنا هذا، فإن محدودية آثارها تبدو واضحة، وهو ما يفسر المستوى المحدود من الشفافية التي يتمتع بها المستهلك عند إقدامه على التعاقد مع المورد وهو ما سنحاول الوقوف عليه من خلال صور بارزة للقصور التي تطل مرحلة ما قبل التعاقد (المبحث الأول) ثم مرحلة ما بعد العقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: جوانب القصور التي تلحق بمرحلة ما قبل التعاقد

يتعلق الأمر ببعض الآليات القانونية التي يفترض أنها توفر مستوى عال من شفافية العقد الاستهلاكي، مثل الالتزام بالإعلام حيث سنتناوله من زاوية قصوره عن تلبية متطلبات تحقيق الشفافية لفائدة المستهلك (المطلب الأول) ثم من جهة جزاء الإخلال به ومدى فعاليته واستجابته لانتظارات المستهلك (المطلب الثاني)، ثم نتطرق لمهلة التفكير وأثرها الفعلي على العقد (المطلب الثالث).

المطلب الأول: قصور الالتزام بالإعلام عن ضمان شفافية العقد الاستهلاكي

رغم الدور الكبير الذي يلعبه الالتزام بالإعلام في تحقيق شفافية العقود الاستهلاكية عامة، إلا أن له جوانب قصور تحد من فعاليته، مثل اعتبار الالتزام بالإعلام التزاما بوسيلة (الفقرة الأولى)، وكذلك عدم ملاءمته اعتباره التزاما بتحقيق نتيجة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: قصور اعتبار الالتزام بالإعلام التزاما بوسيلة عن ضمان الشفافية

تتضح مظاهر هذا القصور من ثلاث نواح:

أولا، أن حماية المستهلك في مواجهة المخاطر التي تحيق به جراء استهلاكه منتجات أفرزها التقدم الصناعي الهائل لا تتحقق في ظل اعتبار الالتزام بالإعلام الواقع على عاتق المهني التزاما ببذل عناية، وذلك بالنظر إلى ما يمارسه هذا التكييف من تأثير على مسألة الإثبات، حيث يستطيع المهني، في ضوءه، التخلص من المسؤولية إذا تمكن من إقامة الدليل

على أنه بذل العناية المطلوبة في تقديم المعلومات المتعلقة بمنتجه، في حين يقع على المستهلك المضرور عبء إثبات خطأ المهني في تنفيذ هذا الالتزام، وكذا إثبات علاقة السببية بين هذا الخطأ وما لحق به من ضرر.

ثانياً، إن نشأة الالتزام بالإعلام واكتسابه استقلالية على إثر قصور أحكام ضمان العيب عن ضمان الشفافية تقتضي أن تفوق الحماية التي يحظى بها المستهلك في ظل الأحكام المنظمة لهذا الالتزام تلك التي توفرها له أحكام ضمان العيب، فإذا كان المشتري يلزم في دعوى الضمان بإثبات وجود عيب في المبيع سابق على التسليم، فليس من المنطقي لأن يتحمل كاهل المستهلك بإثبات خطأ المهني في تنفيذ الالتزام بالإعلام، وأن الضرر الذي لحقه كان بسبب هذا الخطأ.

وأخيراً، فإذا كان أنصار الاتجاه القائل باعتبار الالتزام بالإعلام التزاماً ببذل عناية قد تشبثوا بمعيار "دور الدائن في تحقيق الضرر"، فإن هذا المعيار ذاته كفيل بدحض ما ذهبوا إليه. ففي ضوء الطبيعة الخطرة والمعقدة للمنتجات التي تطرح في التداول، فضلاً عن ضعف خبرة المستهلك الفنية أو انعدامها، يكون المستهلك ذا دور سلبي حال وقوع الضرر به إثر حيازته أو استعماله لهذه المنتجات، ومن ثم يكون بمثابة من يسلم نفسه إلى منتجها.

الفقرة الثانية: عدم ملائمة اعتبار الالتزام بالإعلام التزاماً بتحقيق نتيجة

من الناحية القانونية، ففي إطار المفاضلة بين الرجوع بالتعويض على أساس القواعد الخاصة بحراسة الأشياء، والمطالبة بتعويض الأضرار الناشئة عن مخاطر استعمال المنتجات أو حيازتها، ينبغي التأكيد على أننا بصدد نظامين مختلفين للمسؤولية يتعلق كل منهما بضرر مختلف بضرر مختلف عن الآخر، ومن ثم فالخطأ بينهما غير مقبول. وبيان ذلك، أن المطالبة بالتعويض على أساس حراسة الأشياء إنما تتم على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، في حين أن التعويض عن الأضرار الناجمة عن استعمال المنتجات الصناعية وحيازتها فتتم المطالبة به على أساس المسؤولية العقدية، سواء تعلق الأمر بالمشتري المباشر للمنتج أم لم

تكن علاقة عقدية مباشرة بين المنتج والمستهلك الأخير للسلعة، حيث تنتقل إليه الدعوى باعتبارها من ملحقات الشيء المبيع¹.

أما الاستناد إلى الأحكام القضائية التي تحرم المدين بهذا الالتزام من إمكانية دفع مسؤوليته بالاحتجاج بجهله بالمخاطر الكامنة بالمنتج، لتكليفه بأنه التزام بنتيجة إنما ينطوي على فهم مغلوط لطبيعة الخطأ المقيم للمسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، فهذا الالتزام يقوم على التزام المهني بالعلم بأخطار الشيء المبيع، وليس على قرينة علمه بها، ومن ثم يعد جهله بهذه المخاطر، في حد ذاته، خطأ يقيم مسؤوليته².

ومن الناحية الواقعية، إذا كان رفض اعتبار الالتزام بالإعلام التزام ببذل عناية يبرره تعارض ذلك التكليف مع مقتضيات حماية المستهلك، فإن الرغبة في تحقيق تلك الحماية لا ينبغي أن تقود الإضرار بمصالح المهنيين بتبني تكليف مضاد واعتباره التزاما بتحقيق نتيجة. وترتبيا على ذلك، فإذا كانت متطلبات حماية المستهلك تقتضي عدم تكليفه بإثبات خطأ المهني وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصابه من ضرر، فإن العدالة تقتضي ألا يتم إلقاء هذا العبء كلية على المهني، بحيث تنعقد مسؤوليته بمجرد عدم تحقق النتيجة، وبما لا يمكنه التحلل منها سوى بإثبات تنفيذه العيني للالتزام أو بإقامة الدليل على السبب الأجنبي.

فضلا عن ذلك، فإنه لما كان من المحتمل وقوع الضرر نتيجة إهمال المستهلك في اتخاذ الاحتياطات اللازمة بشأن حيازة المنتج أو استعماله، فإن تحميل المهني، منتجا كان أم بائعا، المسؤولية عن هذا الضرر قد يغدو سببا لضرب روح الإبداع وشل حركة المبادرة والنشاط الصناعي³ ونعتقد أنه لضمان شفافية حقيقة عقود الاستهلاك ينبغي أن نبتغي التوازن في تحديد طبيعته القانونية أيضا، فلا نهمل حق المستهلك في الوضوح والإفضاء كما لا نلقي بكامل العبء على المهني بما يدفعه للبحث عن سبل التحايل والتخلص من هذا الالتزام.

1 - جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانونين المصري والكويتي، بدون تاريخ، ص 279.

2 - محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، م. س، ص 448.

3 - جابر محمود علي، م. س، ص 185.

ولهذا نتفق مع الفقه¹ الذي يعتبر أن الالتزام بالإعلام من قبيل الالتزام بتحقيق نتيجة مخفف obligation de résultat atténuée، والمعنى أنه إذا كان منطق الالتزام بوسيلة أن يكلف المضرور بإثبات خطأ المدين بالالتزام، فالمستهلك المضرور جراء الإخلال بالالتزام بالإعلام لن يتحمل بذلك العبء، كما أنه إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة مفاده انعقاد مسؤولية المدين به لمجرد عدم تحقق النتيجة بحيث لا يستطيع دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، فإن هذا الالتزام بنتيجة يمكن أن يكون مخففا بما يتيح للمدين نفي الخطأ أو التقصير من جانبه بإقامة الدليل على قيامه بتزويد المستهلك بالبيانات والتحذيرات المتعلقة بمنتوجه بصورة كاملة وصحيحة².

ففي نطاق المسؤولية الموضوعية للمنتج عن فعل منتجاته المعيبة التي نظمها القانون الفرنسي رقم 98-389 الصادر في 19 ماي 1998 فهي ليست موضوعية مطلقة قائمة على مجرد وقوع الضرر، ولكنها مسؤولية موضوعية خاصة ومشروطة بوجود عيب في المنتج، ذلك العيب الذي يساهم في تقديره مدى كفاية المعلومات المتعلقة بالمنتج (المادة 1386-3).

معنى ذلك أن المنتج يكون معيبا إذا لم يتم تزويد المستهلك بالمعلومات التي تعينه على حسن استخدامه وتفاذي أضراره، بطريقة واضحة يمكن ملاحظتها من خلال مطالعة المظهر الخارجي للمنتج على نحو يمكن للمستهلك معه أن يكون توقعه المشروع بسلامة هذا المنتج³. وإذا كان لا يسمح للمدين بالالتزام بنتيجة بدفع مسؤوليته سوى بإقامة الدليل على السبب الأجنبي، فإن النظام الخاص للمسؤولية وفقا لقانون 1998 خوله إمكانية دفع تلك المسؤولية بإثبات أن المنتج لم يمت معيبا وقت طرحه في التداول، وذلك وفقا للفقرة الثانية من المادة 11-1386، ويمكن ذلك بإثبات أن المعلومات التي أرفقها بسلعته كانت كافية وواضحة في بيان طريقة استعمالها والتحذير من مخاطرها.

1 - أحمد محمد الرفاعي، م. س، ص 193.

2 - منى أبو بكر الصديق، م. س، ص 98.

3 - محمد محيي الدين إبراهيم سليم، مخاطر التطور كسبيل لإعفاء المنتج من المسؤولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 48.

والسماح بدفع مسؤوليته عن طريق نفي خطئه على هذا النحو، إنما يعني أن هذا الالتزام ليس محله تحقيق نتيجة مطلقة، فالأدق والأنجع اعتباره التزام بنتيجة مخفف، حتى يشعر المهني بعدالة الالتزام وبالتالي يعمل على تنفيذه بدل البحث عن سبل التحلل منه ولو على حساب حق المستهلك في الشفافية والإخبار الواضح والفعال.

المطلب الثاني: محدودية النظام الجزائي للإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام

نقصد بتقييم الجزاء القانوني المترتب عند الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام الوقوف من الناحية العملية حول مدى كفايته في تحقيق شفافية لفائدة المستهلك في ضوء جهله بالمعلومات الضرورية اللازم توافرها لديه قبل أو أثناء إبرام العقد، في مواجهة مدين أوتي من العلم في مجال المعاملة موضوع العقد درجة لا يقتصر هذا العلم فيها على مجرد المعلومات والبيانات الفنية والدقيقة والشاملة المتعلقة بهذا العقد، بل تمتد لتشمل العلم بمدى تأثير هذه المعلومات محل الالتزام على رضا المتعاقد الآخر لحظة إقدامه على التعاقد.

ومن أجل ذلك سنتطرق لأمرين، بيان أثر هذا الجزاء على طرفي العقد، من خلال الوقوف على مدى ملاءمته لرغبات المستهلك الحقيقية (الفقرة الأولى) ومن خلال تحديد مدى جدواه في ردع مجموع المنتجين، الأمر الذي قد يؤدي مستقبلاً إلى التزامهم بإحاطة المستهلكين بالمعلومات الضرورية واللازمة عند إقبالهم على التعاقد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أثر جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام على الدائن

من آثار الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام، إقبال المستهلك على التعاقد بشأن سلعة أو خدمة وهو جاهل بالمعلومات والبيانات العقدية اللازمة لتنوير رضاه وتصحيح إرادته، والتي لو كان علم بها قبل التعاقد لما أقدم على إبرام العقد، ويعكس هذا بالطبع أن السلعة أو الخدمة محل التعاقد ليست هي التي أرادها المستهلك حقيقة، وبالتالي فهي سلعة أو خدمة غير مرغوب فيها إجمالاً، لذا رتب كل من الفقه والقضاء الجزاءات التي وضعها القانون، والمتمثلة في الحق في إبطال العقد والحق في طلب التعويض، متى توافرت شروط كل منهما، ولكن

السؤال الذي يثار، هل هذه الحلول التي نادى بها كل من الفقه والقضاء، قياسا على ما فرضه القانون بالنسبة لعيوب الإرادة وعدم العلم الكافي بالمبيع تتناسب مع رغبات المستهلك؟

إن المستهلك لم يقبل على التعاقد لكي يعود ويطلب إبطال العقد¹، إنما هو تعاقد إشباع احتياجات معينة لديه، والحكم ببطلان العقد أو فسخه يتعارض مع مقتضيات ذلك الهدف. ومن ناحية ثانية، فإن اللجوء إلى القضاء لطلب إبطال العقد، أو طلب الحكم بالتعويض، إنما هو أمر شاق ويحتاج إلى بذل المزيد من الجهد لمتابعة ذلك، ويستغرق المضي فيه مددا طويلة، إضافة إلى أ، المستهلك غالبا ما يتكبد في سبيل الحصول على هذه الأحكام نفقات كبيرة قد تزيد عادة عن ثمن السلعة أو مقابل الخدمة التي يتضرر منها. ومن ناحية ثالثة، فقد تتحقق شروط طلب إبطال العقد، ومع ذلك يختار المستهلك الإبقاء عليه للاعتبارات التي ذكرناها، وبالتالي لا يبطل العقد رغم إخلال المدين بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام، وفي بعض الحالات قد يقتصر حق المستهلك على طلب التعويض متى توافرت شروطه، الأمر الذي يجعلنا نخلص إلى أن هذا النظام الجزائي غير شامل بل وعاجز على أن يواجه مختلف الحالات التي يحصل فيها المستهلك على سلعة أو خدمة قد تختلف خصائصها وأوصافها عما أراده حقيقة.

الفقرة الثانية: أثر جزم الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام على المدين

نتفق مع الفقه² الذي يؤكد عدم كفاية جزائي بطلان العقد والتعويض عند الإخلال بهذا الالتزام في تحقيق حماية موضوعية للمستهلك فيما يتعلق بوجهها الآخر، والمتمثل في ردع مجموع المدينين بهذا الالتزام حتى يقوموا بعد ذلك من تلقاء أنفسهم بإعلام المستهلكين بالمعلومات والبيانات اللازمة لهم قبل أو أثناء إبرام العقد. فقد ثبت عمليا أن منتجي السلع ومقدمي الخدمات يستغلون علمهم وخبراتهم في اتجاه معاكس، فبدل أن يحيطوا المستهلكين علما بالمعلومات والبيانات اللازمة نجدهم يستغلونها للحيلولة دون من إثبات مسؤوليتهم التي ترتب الإبطال أو التعويض.

1 - حسن عبد الباسط جميعي، إعلام المستهلك، توجيه إرادة المستهلك نحو الاختيار الواعي، م. س، ص 17.

2 - عمر محمد عبد الباقي، م. س، ص 296.

ومن جانب آخر، ونظرا لتعدد وتكاليف إجراءات التقاضي، فعدد محدود من المستهلكين يلجأ للقضاء وعدد أقل يحصل على أحكام بالإبطال أو التعويض. وبمقارنة هذا العدد مع مجموع المتضررين نجد أن الموردين لا يتحملون أي خسارة مادية تذكر. وبالتالي لا يستقيم القول بأن جزاء بطلان العقد أو الحكم بالتعويض يمثلان ردعا ناجعا للموردين، ومن ثم لا يشكل لهم حافزا على تحري الشفافية في تعاملاتهم العقدية إزاء المستهلكين.

المطلب الثالث: قصور الجدوى العملية لإعمال أجل التفكير

يتأكد هذا القصور بالنظر إلى أن المستهلك لم يع بعد حقه في التفكير (الفقرة الأولى)، وهو ما ساعد فئة المهنيين على تجاوز الأحكام المنظمة لهذا الحق وخرقه في بعض الأحيان (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: انعدام وعي المستهلك بحقه في التفكير

قد يجوز القول بأن الإشكال الرئيسي الذي يطرحه أجل التفكير يبقى متمثلا في قصور وعي المستهلك بحقه في التفكير¹، إذ غالبا ما يعتقد لمجرد إمضاء العقد أنه التزم مع الشركة البائعة بصفة نهائية²، الأمر الذي يحول دون تحليله من التزامه بالشراء. وإضافة إلى سمة القصور الذاتي التي تلحق المستهلك انطلاقا من كونه الطرف الأضعف والأقل دراية في العقد الذي يجمعه بالمحترف، فإن انعدام وعي المستهلك بحقه في التفكير كما أقره المشرع لفائدته ينسب إلى سببين على الأقل:

فأما السبب الأول، فيعزى إلى تقصير المهني في توعية الطرف الآخر بحقه في التفكير وفي العدول عن الشراء إذا ما عدل عن قرار الشراء طبقا للمادة 36 من قانون 31.08 المشار إليها سابقا.

1 - نتائج بحث ميداني قامت به مجلة "المستهلك التونسي" أكدت أن 65 بالمائة لا يعرفون أن من حقهم العدول عن التزاماتهم في أجل عشرة أيام. انظر: مجلة المستهلك التونسي، العدد 7، يوليو-غشت - شتنبر، 2001، ص 15.

2 - AULOY (J. C), L'influence du droit de consommation sur le droit des contrats, RTD. Civ. 2^{ème} partie, 1994, p. 244.

والسبب الثاني، يعود إلى الدور المحدود للهيئات الإدارية التي يدخل ضمن مهمتها نشر ثقافة استهلاكية تبين للمستهلك حقوقه وسبل الوصول إليها، وكذلك الدور المحتشم لجمعيات حماية المستهلك في القيام بدورها التوعوي، وهو عكس ما يحدث في التجارب المقارنة حيث أصبح لمثل هذه الجمعيات صوت ووزن ملحوظ بل وقوة اقتراحية للتصدي لمختلف العوائق ومظاهر الإجحاف التي قد يتعرض لها المستهلك.

الفقرة الثانية: سعي المهني إلى تجاوز أحكام أجل التفكير

لقد ثبت عمليا أن أحكام أجل التفكير لا تتمتع بالحصانة الكافية إزاء الممارسات المتقنة لفئة المحترفين. فبالنظر إلى أن المستهلك غالبا ما لا يتقطن لحظة إبرام العقد إلى وقوعه تحت الضغوطات النفسية التي يمارسها عليه المهني إلا بعد تسلمه للمبيع، فإن بعض الباعة قد يعمدون إلى تأخير تاريخ التسليم مدة معينة حتى يقع تجاوز الأجل المحدد للتفكير، كما قد ينجح البعض الآخر في إقناع الطرف الضعيف على تأخير تاريخ العقد مدة معينة تتجاوز مبدئيا الأجل القانوني الذي يتمتع به المستهلك لممارسة حقه في العدول، وبمضي أجل التفكير يفقد المستهلك الحماية التي كان بإمكان هذا الأجل أن يوفرها له¹.

كما أن اقتصار في إطار العقوبات المقررة جراء مخالفة أجل التفكير على الغرامة المالية لا يفي بالغرض المطلوب، خاصة إذا ما علمنا أن المؤسسات التجارية الكبرى لا يضيرها أداء مثل تلك الغرامات البسيطة. فإقرار عقوبة السجن مثلا من شأنه أكثر تأثيرا على المهني بحيث تدفعه لاحترام مقتضيات مهلة التفكير.

¹ - فدوى قهواجي، ضمان عيوب المبيع فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 224.

المبحث الثاني: جوانب القصور في مرحلة تنفيذ عقد الاستهلاك

إن الاعتداد بالقول بأن تطبيق القواعد التقليدية للعيب الخفي لا يفي بالحماية المطلوبة والكافية للمشتري له مبرراته، على الأقل في ظل هذا التطور الهائل للإنتاج والتطور الصناعي وما نجم عنه من أخطار وأضرار بالمستهلكين. وإذا ما سلمنا بالقول الذي يعني بأن العيب الخفي هو ذلك الذي ينقص من قيمة الشيء أو من نفعه، أو ذلك الذي يجعل المبيع غير صالح للاستعمال، فإن كل هذه المفاهيم تعد قاصرة عن توفير الحماية للمستهلك أثناء تطبيقها العملي على المنتجات الصناعية.

إذ تتعدد صور قصور المقترضات القانونية المرتبطة بمرحلة تنفيذ العقد الاستهلاكي، وسنركز على القصور الذي تعرفه أحكام الضمان القانوني في العقد الاستهلاكي (المطلب الأول) ثم قصور قواعد الضمان الاتفاقي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: قصور أحكام الضمان للعيب في عقد الاستهلاك

بالإطلاع على أحكام ضمان العيب في العقد الاستهلاكي، نجد أن المشرع المغربي يحيل مباشرة على تنظيم قواعد الضمان بقانون الالتزامات والعقود (الفقرة الأولى) وهو ما يفسر الصعوبات التي يواجهها ق. ل. ع المحال عليه في فرض التزام صريح بالمطابقة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإحالة إلى القواعد العامة كمؤشر على محدودية الالتزام بضمان المطابقة

بالإطلاع على أحكام ضمان العيب في العقد الاستهلاكي، نجد أن المشرع المغربي ما زال متمسكا في تأطيره لهذه الأخيرة بازدواجية في الأسس التي بنيت عليه هذه الأحكام. فالقواعد القانونية المؤطرة للضمان وإن تم النص عليها ضمنا في القانون 31.08 فإن أغلب

مقتضياتها مازالت واردة في قانون الالتزامات والعقود مستعملا تقنية الإحالة بغية خلق انسجام بين قواعد كلا القانونين¹.

فالواقع العملي يؤكد أن قواعد الضمان هذه لا تفرق بين المتعاقدين أطراف دعوى الضمان، وما يتواجدون فيه من مراكز قانونية أو فعلية، إذ أضحت فئة البائعين المحترفين تضع شروطا تضمن لهم مصالحهم الخاصة على حساب مصلحة المشتري، خاصة إذا علمنا أنه يمكن مخالفة أحكام الضمان لصالح البائع المهني، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الشيء المبيع لا يقتصر فقط على المنتجات الطبيعية من ثمار وغلل، فهو يتعدى إلى منتجات صناعية أكثر تعقيدا. فمعلوم أن النظرية العامة للالتزامات مؤسسة على افتراض التوازن بين إرادتي المتعاقدين، فالمشتري والبائع متساويان اقتصاديا ومعرفيا، وهوما يفسر التطبيق الصارم لمبدأ المساواة في القواعد القانونية المؤطرة للضمان القانوني للعيب، وتشدها في مواجهة المشتري.

وإذا تم التسليم بكون الإحالة الواردة في المادة 65 من القانون 31.08 في ذاتها، لا تعطي صورة دقيقة حول علاقة قانون ما بقانون آخر في كليته²، فإنه بالمقابل قد تسعف في معرفة هذه العلاقة كلما كان الأمر يتعلق بجزئيتين في هذين القانونين، وبالتالي فنوعية الإحالة في المادة المذكورة ستكون ضابطا يجب على نوع العلاقة النازمة بين كل من ق. ا. ع والقانون 31.08 فيما يخص أحكام الضمان القانوني للعيب، حول ما إذا كانت علاقة تكامل أم هيمنة للأول على الأخير³؟

باستقراء المادة 65 المذكورة، يتضح أن المشرع المغربي ذهب في تقنيته لأحكام ضمان العيب إلى الإحالة الشاملة على ق. ل. ع، واستثناء قام باستثناء الأحكام الواردة في كل من الفصل 553 والبند الثاني من الفصل 571 والفصل 573 من التطبيق على العلاقة التعاقدية التي تجمع بين المستهلك والمورد. ومنه نستنتج أن المشرع أراد التأكيد على انطباق أحكام

1 - عادل بتكمنتي، م. س، ص 26.

2 - ذهب J.P. Chazal إلى أن: "الإحالة الضمنية أو الصريحة على القانون المشترك لا تستبعد إمكانية الاستقلال الآلي، كما أنها لا تؤكد هذه الاستقلالية. بمعنى أن وجود إحالة على ق. ل. ع لا يستبعد آليا إمكانية استقلال قانون 31.08، كما أنها لا تؤكد هذه التبعية".

3 - عادل بتكمنتي، م. س، ص 33.

الضمان وفق تصورهما العام في ق. ل. ع كافية لحماية المستهلك، بدليل شمول الإحالة في فقرتها الأولى على كل المقتضيات مع بعض الاستثناءات.

وعلى الرغم من أهمية الحماية التي تحققها مقتضيات الضمان لصالح المشتري خاصة، إلا أن ذلك لا يخفي حقيقة أن ق. ل. ع يهمن على القانون 31.08، وبالتالي فالذي يتحكم في قواعد الضام هو مبدأ سلطان الإرادة الذي يفترض التوازن بين إرادتي المتعاقدين، وهو ما لا يحقق للمستهلك الشفافية الكافية بخصوص قواعد الضمان التي ستتحكم في علاقته بالمهني وهذا قصور واضح، لا تكفي الاستثناءات التي تم التنصيص عليها في التغطية على هذا الخلل.

الفقرة الثانية: الصعوبات التي تواجه مقتضيات الضمان

إن المستهلك غالبا ما يجد صعوبة في الوصول إلى حقه نتيجة العراقيل التي تحول دون تحقق شروط الضمان:

أولاً: صعوبات من حيث الإثبات

يجب على المشتري أن يثبت أن العيب كان موجودا وقت التسليم¹، أي عندما كان بين يدي البائع وهو ما يسمى بشرط القدم، ويهدف هذا الشرط إلى استبعاد الدعوى عندما يكون المبيع قد تعرض لتلف عاد، والتأكيد على عدم مسؤولية البائع عن العيب الذي يكون أصله لاحقا على التسليم، إذ أن إثارة الضمان رهين بوجود العيب عندما كانت السلعة بين يدي البائع (وقت التسليم) وليس بعد ذلك.

وفي هذا الإطار فقد ميز التشريع المغربي في الفصل 552 ق. ل. ع بين:

- الأشياء المعينة بالذات (القيمية) والتي يكون فيها البائع ملزما بضمان العيوب الخفية التي توجد بالمبيع في تاريخ العقد.
- والأشياء المثلية (أي التي تباع بالوزن أو القياس أو على أساس الوصف) والتي يكون فيها البائع ملزما بضمان العيوب إلى الوقت الذي يتم فيه التسليم.

ويرى بعض الفقه¹، أنه إذا كان لم يحدد شرط القدم بالنسبة لتخلف الصفة صراحة، فإن القواعد العامة في نظرية الضمان للعيب تقتضي تطبيق الفصل 552 ق. ل. ع حتى في هذه الحالة، حيث وردت فيها كلمة العيب مطلقة، وبالتالي فليس هناك ما يمنع من إخضاع ضمان الصفات لنفس المقتضيات.

وتجدر الإشارة إلى أن شرط القدم يعرف صعوبات عملية حقيقية، فالمشتري يكون ملزماً، حتى يحصل على الضمان، بأن يثبت العيب وأنه كان موجوداً قبل تسلمه، وهو ما ينص عليه الفصل 554 ق. ل. ع: "إذا ظهر عيب في المبيع وجب على المشتري أن يعمل فوراً على إثبات حالته بواسطة السلطة القضائية أو بواسطة مختصين بذلك مع حضور الطرف الآخر أو نائبه إذا كان موجوداً في المكان، فإذا لم يقدّم المشتري بإثبات حالة المبيع على وجه سليم تعين عليه أن يثبت أن العيب كان موجوداً فعلاً عند تسلمه المبيع"، غير أن هذا الإثبات يكون أحياناً مستحيلاً، وإذا كان ممكناً فهو يفرض خبرة طويلة ومكلفة لا تكون في متناول المشتري الذي يتحمل بصفة مبدئية بمصروفات عبء الإثبات الواقع عليه². وأكد أن هذا العائق يمنع في كثير من الأحيان المشتريين من إثارة الضمان، وهو ما يحدد من حقوقه عملياً.

ثانياً: إمكانية الاستبعاد الكلي للضمان

تتجلى الصعوبة الثانية التي تقف في وجه المشتري إلى حقه في إمكانية البائع استبعاد مقتضيات الضمان، وذلك بمقتضى الفصل 571 ق. ل. ع الذي جاء فيه أنه "لا يضمن البائع عيوب الشيء أو خلوه من الصفات فيه:

1: إذا صرح به.

¹ - أبو بكر مهم، م. س، ص 22.

- وهو ما أكدّه ذ. عبد الحق صافي: "يشترط في مجال ضمان تخلف الصفات المشترطة أن تكون قديمة أي غير موجودة وقت البيع، بالنسبة للشئ المعين بالذات وعند التسليم بالنسبة للشئ المحدد بالنوع...، فكلمة "العيب" المذكورة في هذا النص وردت بشكل واسع ومطلق ومن ثم فهي تشمل العيب بمفهوميه الضيق والواسع". عبد الحق صافي، عقد البّي، دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة، 1998، ص 397.

² - جاء في حكم لابتدائية الدار البيضاء في 3 نوفمبر 1927 أن "المشتري يتحمل تبعه فسخ البيع عندما قام بإرجاع البضاعة محل التعاقد بدعوى العيب إلى بائعها، من غير أن يقوم بالإجراءات المنصوص عليها في الفصل 554 ق. ل. ع المتعلق بإثبات العيب الموجب للضمان". منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 236، ص 356. أورد ذ. أبو بكر مهم، ص 22.

2: إذا اشترط عدم مسؤوليته عن أي ضمان.

ويعني ذلك أن اشتراط البائع عدم مسؤوليته عن عيوب الشيء أو خلوه من الصفات المطلوبة فيه يكون مشروعاً من حيث المبدأ، ونتيجة فإن شروط تخفيف الضمان بل واستبعاده كلياً تكون صحيحة، ولذلك أصبحت تظهر مثل هذه الشروط والتي تسمى شروط الضمان في كل العقود التي تبرم بين المهنيين والمستهلكين. وهكذا إذا كانت صحة شروط تعديل أحكام الضمان تقتضي من حيث المنطق أن يكون كل من البائع والمشتري على بينة واختيار من موضوع التعديل، وأن يتم ذلك بحسن نية، فإن الواقع أظهر أن الحالات التي يحصل فيها التراضي الحقيقي بشأن الشروط المحددة للضمان هي في تناقص مستمر نظراً لانتشار عقود الإذعان واتساع دائرتها في الوقت الراهن، ونظراً لاتجاه المحترفين المتزايد نحو استغلال جهل المستهلكين وضعفهم، حيث أصبحوا في الكثير من الأحيان يقحمون شرطاً أو مجموعة شروط في عقد البيع للتضييق من نطاق الضمان، والتي لا يكون أمام المشتري المستهلك إلا أن يقبلها جملة أو يرفضها، غير لأنه تحت وطأة الاضطرار غالباً ما يوافق عليها بالرغم من أنه لم يناقشها مع الطرف الآخر¹. فالعلاقة التي تربط البائع بالجملة بنظيره البائع بالتفصيل والتي تربط هذا الأخير بالمستهلك تخلو من التوازن الاقتصادي، ويترتب عن هذه التبعية رضوخ الطرف الضعيف لاشتراطات الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، الشيء الذي دفع بعض التشريعات الحديثة إلى إصدار قوانين تحد من سلطة البائع الصانع.

وبالنسبة للقضاء المغربي لا زال يطبق الفصل 571 ق. ل. ع، بحيث لا يميز بين بين المشتري المحترف غير المحترف والمستهلك². وهو ما يعكس الفجوة الهائلة التي تفصل القانون والواقع العملي الذي يعيشه المستهلك في علاقته بالمورد، ورغم اتجاه القضاء المغربي

1 - عبد القادر العرعاري، ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، م. س، ص 145.

2 - جاء في حكم استئنافية الرباط صادر بتاريخ 17 يونيو 1961 أنه: "سواء تعلق الأمر بالمشتري المحترف أو مشتري الصدف لا مجال لإلزام البائع بالضمان إذا صرح بوجود العيب أو باع بدون ضمان وفقاً لنص الفصل 571 ق. ل. ع"، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 1300، ص 111.

نحو حماية الطرف الضعيف في العديد من أحكامه¹، فلا زال المهنيون يعتبرون التنصل من الضمان من خلال البنود التي يدرجونها في العقد أمر عادي لا يثير أي حرج.

نخلص إذن إلى أن الحماية المقررة للمستهلك ضد العيوب الخفية للمنتجات والسلع التي يقبل عليها هي حماية نظرية لا تترجم بشكل مؤثر على الممارسات اليومية. فهو يتوفر على حماية مهمة نظريا، مادام أنه باستثناء ضرورة رفع الدعوى داخل أجل قصير، فإن الضمان الذي يمنحه القانون المدني هو ضمان كامل، يلزم المهني بتقديم شيء صالح للاستعمال الذي أعد له من خلال الفصل 549 ق.ل. ع²، بل أن الفصل 556 ق.ل. ع ينص على أن المشتري يتوفر على الحق في التعويض، إذا كان البائع يعلم عيوب المبيع، أو يعلم خلوه من الصفات التي وعد بها ولم يصرح بأنه يبيع بغير ضمان، ويفترض هذا العلم موجودا دائما إذا كان البائع تاجرا أو صانعا أو باع منتجات الحرفة التي يباشرها. كل ذلك يبقى غير ناجع عمليا بدليل استمرارية حضور "شروط الضمان" في جل عقود البيع التي يخضع لها المستهلك بكل إذعان.

ونعتقد أن نتيجة للأثر النسبي للأحكام، سيبقى المهنيون يصرون على هذه الشروط التي تفرغ الضمان من كل محتواه، وبالتالي لا مجال للحديث عن وضوح وشفافية الشروط المتعلقة بالضمان من حيث المبنى والمعنى مادام التملص منها ممكنا.

ثالثا: ضيق آجال رفع دعوى الضمان

ينص الفصل 573 ق.ل. ع "على أن كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الآجال التالية، وإلا سقطت:

- بالنسبة إلى الأشياء المنقولة والحيوانات، خلال 30 يوما بعد التسليم بشرط أن يكون قد أرسل للبائع الإخطار المشار إليه في الفصل 553".

¹ - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 17 يناير 1962، جاء فيه لأنه: "ليس من شأن الشروط المحددة لمسؤولية البائع أن تعفيه إذا كان سيء النية من تحمل المسؤولية بسبب وجود عيب خفي بالمبيع".

² - في فرنسا يتجه هذا الالتزام ليصبح التزاما بنتيجة، حيث يشبه القضاء البائع المحترف بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع، وبالتالي ليس بإمكانه أن يخفف من الضمان الواجب عليه بواسطة شروط الحد من المسؤولية.

وهذا الأجل لا يقطع إلا بممارسة دعوى رد المبيع بسبب العيب، ولا يكون طلب تعيين خبير كافياً لقطعه، وهكذا فجرد مطالبات بسيطة لا يمكنها قطع هذا الأجل¹. وغالباً ما يلجأ المستهلك إلى الحل الودي مع البائع الذي يرفع هذه المطالبة إلى الصانع، وهو ما يتطلب وقتاً طويلاً ثم يعين المشتري خبيراً بطلب استعجالي، ولن يلجأ إلى المحاكم إلا بعد مرور شهور عديدة، وهكذا فغالباً ما يواجه برفض الدعوى بحجة مرور مدة طويلة بين اكتشاف العيب ورفع الدعوى². كما أن المهنيين قد يلجؤون للمماطلة والتسويف والوعود بالتسوية الودية للخلاف، وكل هدفهم هو مرور أجل رفع الدعوى، وقد تقطن القضاء الفرنسي³ لذلك، فأقرت بأن المفاوضات الودية التي تهدف إلى إصلاح العيب بشكل ودي والتي لم تسفر عن أي نتائج، تؤدي إلى قطع الأجل، وهو ما يحقق حماية للمستهلك من مناورات المهني المحتال⁴. ويؤدي قصر مدة الإخطار إلى ضياع حقوق المشتري، ففي حال عدم مراعاته لا تقبل دعواه ولو رفعها داخل الأجل القانوني الذي هو 30 يوماً من تاريخ التسليم⁵. وبالنظر إلى مستوى التعقيد الذي تعرفه السلع والبضائع التي يتعاقد بشأنها المشتري، فإن مد الإخطار هاته غير كافية بتاتا لاكتشاف العيوب الخفية التي يحملها المبيع، أضف إلى ذلك التكاليف الإضافية التي يجب تحملها عند الاستعانة بخبير ليثبت أن العيب قديم ويعتري المبيع قبل التسليم.

وفي هذا السياق حاول المجلس الأعلى⁶ التقليل من النطاق الواسع لمجال الضمان الوارد في الفصل 549 ق. ل. ع وقوفاً بجانب المشتري، حيث استبعد حالة تخلف الصفات المشترطة في العقد من نطاق دعوى الضمان للعيب، واعتبرها حالة من حالات عدم تنفيذ البائع لما طلب منه، مما لا يكون معه محل لتطبيق مقتضيات دعوى ضمان الشيء المبيع. حيث اعتبر المجلس الأعلى أن تخلف المقاييس المحددة في الأنابيب محل البيع لا يدخل في إطار

¹ - يعتبر التقادم من أسباب سقوط دعوى الضمان للعيب، ويتمثل ذلك في مرور المهلة القانونية التي يحددها المشرع في الفصل 573 ق. ل. ع.

² حماية المستهلك من الأضرار الناجمة عن المنتجات المعروضة في السوق، م. س، ص 27.

³ - Cass. Com, 2 f fév. 1970, IV, n 34, p. 15.

- Cass. Com, 18 déc. 1973, Bull. civ, n 372, p. 331.

⁴ - 7 أيام من تاريخ التسليم أو اكتشاف العيب.

⁵ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1975-02-21، مجلة المحاكم المغربية 1925، عدد 130، ص 197.

- حكم ابتدائية الدار البيضاء بتاريخ 1927-03-17، مجلة المحاكم المغربية 1927، ص 573.

⁶ - قرار المجلس الأعلى رقم 172، صادر في 8 مارس 1978. منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، يونيو 1978، عدد 4، ص 149.

العيب الذي يترتب عنه الضمان، وجاء ضمن حيثيات تعليل هذا القرار: "حيث إن البائع يضمن وجود الصفات التي صرح بوجودها في المبيع أو اشترطها المشتري في المبيع. وكل عيب في المبيع يعرض البائع لضمانه في نطاق دعوى الضمان. أما إذا كان المبيع غير البضاعة المطلوبة فإنه لا محل لتطبيق مقتضيات دعوى ضمان الشيء المبيع"¹.

فعدم احترام المشتري للفصل 573 ق. ل. ع المتعلق بمهلة تحريك دعوى الضمان للعيب أو تخلف الصفات المشروطة أو المكفولة، جعل قضاة الموضوع يلزمون المشتري بأداء المبالغ المترتبة في ذمته لعدم رفع الدعوى داخل الأجل المنصوص عليه، على أساس أن النزاع يدخل في مجال الضمان، غير أن المجلس الأعلى حاول تجاوز مشكل فوات الأجل القصير الوارد في الفصل 573 ق. ل. ع، فقرر بأن موضوع النزاع لا يتعلق بدعوى الضمان أصلاً، بل يتعلق بتسليم بضاعة غير البضاعة المطلوبة، أي عدم مطابقة المبيع لشروط العقد². لكن بعض الفقه لم يذهب في نفس اتجاه المجلس الأعلى الذي نقض قرار استئنافية البيضاء³. وبالتالي فالتمييز الدقيق في الصفات التي يوجب تخلفها الضمان هو بين الصفات اللازمة لتعيين المبيع وبين الصفات غير اللازمة لتعيينه. فهي لازمة لتعيين المبيع في المثليات، أي تلك التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس

¹ - وتتلخص وقائع هذه القضية في أن المشتري كان قد طلب من الشركة البائعة أن تزوده بعدد معين من الأنابيب المعدنية، واشترط على البائعة أن تكون هذه الأنابيب مشتملة على مقاييس معينة (26 ملم في المحور الداخلي للأنبوب و34 ملم في محورها الخارجي)، ثم تبين بعد ذلك أن الأنابيب المقدمة لا تتوفر على المقاييس المشترطة من قبل المشتري، فامتنع هذا الأخير عن أداء الثمن للبائعة، متمسكاً بأن السلعة التي تلقاها ليست هي البضاعة المتفق عليها (تخلف الصفات). فأصدرت ابتدائية البيضاء حكماً على المشتري بأداء قيمة البضاعة محل العقد مع الفوائد القانونية على أصل الدين، وأيدت محكمة الاستئناف بالبيضاء هذا الحكم بعلّة أنه كان على المدين أن ينازع في خلو الأنابيب المشتراة من الصفات الموعود بها، بإقامة دعوى ضد مزودته ترمي إلى فسخ عقد البيع داخل أجل 30 يوماً من تاريخ التسليم طبقاً للفصل 573 ق. ل. ع.

² - أبو بكر مهم، حماية المستهلك من الأضرار الناجمة عن المنتجات المعروضة في السوق، م. س، ص 30.

³ - اعتبر ذ. العراري أن المجلس الأعلى ضيق نطاق تطبيق الفصل 549 ق. ل. ع، عندما استبعد حالة تخلف المقاييس المشروطة من تطبيق دعوى الضمان، والحال أنها هذه الصورة تدخل ضمن الفصل المذكور. (عبد القادر العراري، م. س، ص 98).

- ذ. عبد الحق صافي، اعتبر موقف المجلس الأعلى لم يصادف الصواب، لكونه يخالف منطوق الفصل 549 ق. ل. ع الذي لا يحصر العيب الموجب للضمان في الآفة العارض التي تخلو منها الفطرة السليمة للشيء فقط، بل يمدّه ليشمل كذلك الصفات المشترطة في المبيع والتي كفّلها البائع. (عبد الحق صافي، م. س، ص 381).

- خلاف لهؤلاء، اعتبر ذ. أحمد أدريوش أن المجلس الأعلى قد أحسن تأويل الفقرة الثانية من الفصل 549 ق. ل. ع، وأن ليس في هذا التأويل أي تضيق لنطاق دعوى العيب الخفي. (أحمد أدريوش، ضمان البائع للصفات، تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 172 صادر في 08-03-1978، في الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود، سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية، الرباط، 1997، ص 186).

أو الكيل أو الوزن¹. أما إذا كانت الصفات غير لازمة لتعيين المبيع، فإنه يتم تنفيذ الالتزام بالتسليم بمجرد تسليم الشيء المحدد حتى ولو لم يجد فيه المشتري صفة كان يعتقد توفرها فيه. ولا يكون له الرجوع على البائع بضمان خلو المبيع من تلك الصفة وفقا لدعوى ضمان العيب إلا بشرط أساسي وهو أن يشترط هذه الصفة في المبيع لعله يراها ويحرص عليها، أو أن يكون البائع قد صرح بتوفرها إذ أن مجرد تخلف الصفات في هذه الحالة يكفي لتحقيق الضمان ولو كانت تلك الصفات تافهة في نظر الغير أو مما يتسامح فيه عرفا.

من جهتنا، نتفق مع ما ذهب إليه ذ. أبو بكر مهم في أنه سواء كانت الصفات لازمة أو غير لازمة لتعيين المبيع وتخلفت، أو كانت غير لازمة لتعيينه غير أن المشتري اشترطها أو صرح البائع بوجودها ومع ذلك لم تتحقق في المبيع، فإن البائع في الحالتين معا سلم مبيعا غير مطابق لما وقع الاتفاق عليه²، وبالتالي يكون للمشتري في جميع الأحوال الحق في رفع دعوى الفسخ لعدم التنفيذ على هذا الأساس. وهكذا فعلى الرغم من وجاهة ما ذهب إليه قضاة الموضوع من ضرورة تطبيق مقتضيات الضمان على هذه الواقعة، لأن هذا الموقف هو الذي يستقيم مع حرفية النصوص القانونية، فإننا مع ذلك نؤيد المجلس الأعلى فيما ذهب إليه، لأن المشتري الذي اشترط على البائع تسليم المبيع في حالة معينة وبصفات معينة، غير لأن هذا الأخير لم يستجب لهذا الشرط، فإنه يكون بالخيار بين سلك طريقين:

إما أن يسلك طريق الضمان للعيب نظرا لفوات الوصف أو غياب الصفة المشترطة طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 549 ق. ل. ع، وهوما سار عليه قضاة الموضوع في هذه النازلة. وإما أن يرجع على البائع بالفسخ لعدم التنفيذ بعلّة عدم مطابقة المبيع لما تم الاتفاق عليه، وهو الموقف الذي تبناه المجلس الأعلى هنا، وهو في ذلك لم إلا بالاستجابة لطلب المشتري الذي سلك الطريق الذي يوفر له حماية أكبر ألا وهو طريق الفسخ لعدم التنفيذ، مادام أن الأجل المخصص لرفع دعوى الضمان قد انتهى. وهو ما يجد مبرره أيضا في الفصل 512 ق. ل. ع الذي ينص على أنه "يجب تسليم الشيء في الحالة في الحالة التي كان عليها وقت

¹ - للمزيد حول هذه النقطة، انظر: أبو بكر مهم، م. س، ص 32.

² - سواء كان هذا الاتفاق ضمنيا كما في الحالة الأولى أو صريحا كما في الحالة الثانية.

البيع ويمتنع على البائع إجراء التغيير فيه ابتداء من هذا الوقت"، فالمشرع إذن يلزم البائع بتسليم نفس الشيء المتعاقد عليه ولس شيئاً آخر، أي أن يكون الشيء مطابقاً لما تم النص عليه في العقد، ولا يسوغ إجراء أي تعديل فيه ابتداء من هذا الوقت، فإذا أخل بالتزامه كان للمشتري المطالبة بفسخ العقد لعدم التنفيذ، ولا يكون مجبراً على قبول شيء آخر مغاير للمبيع حتى ولو كان الاختلاف بينهما بسيطاً. وهو ما يستتشف أيضاً من الفصل 242 ق. ل. ع الذي ينص على أن "ذمة المدين لا تبرأ إلا بتسليم ما ورد في الالتزام، قدراً وصنفاً. ولا يحق له أن يجبر الدائن على قبول شيء آخر غير المستحق له..."، إلا أن إلحاق المشرع لحالة فوات الوصف بمقتضيات ضمان العيب، خلف تجاذباً بين دعوى الضمان ودعوى الفسخ لعدم التنفيذ، وهو ما يمكن حله بتحويل المشتري حق الخيار بينهما. وهو ما ذهب إليه أغلب الفقه العربي.

حيث يقول ذ. تناغو¹: "إذا اشترط المشتري تسليم المبيع في حالة معينة وبصفات معينة ولم يوف البائع بهذا الشرط، جاز للمشتري أن يرجع عليه بالفسخ لعدم التنفيذ، وبالضمان للعيب أي لفوات الوصف، فتتلاقى الدعويين في نفس الوقت ويكون للمشتري أن يرجع بأي منهما". ويقول ذ. توفيق حسن فرج²: "...ألا يمكن القول في هذه الحالة بتطبيق أحكام الضمان، إذا ترتب على عدم قيام البائع بتنفيذ التزاماته طبقاً لما اتفق عليه، إن كان هذا يعتبر في الوقت ذاته تخلفاً لصفة من الصفات التي ضمنها البائع أو اشترط المشتري وجودها؟ لا شك أن للمشتري أن يطلب الفسخ تطبيقاً للقواعد العامة على أساس عدم تنفيذ البائع لالتزامه ... كما يكون له بالإضافة إلى ذلك ومتى توافرت شروط ضمان العيوب والصفات أن يلجأ إلى أحكام الضمان".

وفائدة هذا الموقف الذي نؤيده تكمن في أمرين:

فهو من جهة يسائر النصوص القانونية ولا يخرج عنها (الفصل 242 و 512 ق. ل. ع).

ومن جهة ثانية، فهو يقف إلى جانب المشتري وهو غالباً الطرف الضعيف في عقد البيع، الذي لم يكتشف فوات الوصف إلا بعد مرور الأجل القصير الوارد في الفصل 573 ق. ل. ع. لذلك

¹ - سمير تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص 337.

² - توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، 1988، ص 173.

فالمطلوب من محكمة النقض أن تركز مثل هذا الاتجاه الذي يوفر حماية أكبر للمشتري خاصة إذا كان مستهلكا.

من خلال ما تقدم يظهر أن الرغبة في ضمان شفافية العقد هي التي تفرض إخراج تخلف الوصف أو عدم المطابقة من مجال الضمان، واعتبارها من قبيل الإخلال بالالتزام بتسليم شيء مطابق، وذلك لتفادي بعض الصعوبات التي قد تعترض هذا المشتري في سبيل الوصول إلى حقه، خاصة مشكل الأجل القصير الذي غالبا ما يقيد حقه في رفع الدعوى، ومشكل شروط الإعفاء والتخفيف من الضمان التي قد يحتج بها في مواجهته. هذه الصعوبات الكبيرة التي يواجهها المشتري، خاصة عندما يكون مستهلكا، هي التي جعلت الفقه والقضاء الفرنسي ينقسم بين موسع لمفهوم المطابقة حماية للطرف الضعيف، وبين متمسك بالمفهوم الضيق. فالهاجس الحمائي حاضر بقوة، حيث كانت المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي تلزم البائع بالضمان في الحالة التي يقدم فيها للمشتري شيئا غير صالح للاستعمال الذي أعد له، وهو ما شكل حماية للمستهلكين، فإن لجوء هؤلاء للمحاكم للمطالبة بحقوقهم في مواجهة البائع كان يصطدم غالبا برفض دعواهم التي يتم رفعها خارج الأجل القصير الذي تنص عليه المادة 1648¹ من القانون المدني الفرنسي. ولذلك تم الاتجاه نحو توسيع مجال عدم المطابقة وإخراجها من مجال الضمان حتى يتمكن المشتري الذي رفع دعواه بعد مرور الأجل القصير من الحصول على حقه². ولهذا اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى الأخذ بالمفهوم الموسع للمطابقة، خاصة ما بين 1983 و1993 من أجل التملص من صرامة الأجل القصير في المادة 1648 من القانون المدني ونتائج خطيرة على المشتري.

وهكذا يتبين أنه ورغم الجهود التي بذلها، ولا يزال، القضاء الحديث لتجاوز محدودية نصوص الشريعة العامة في توفير شفافية كاملة وبالتالي حماية أفضل، فإن هذه الجهود لم ترق

¹ - Art. 1648 (après la modification en 2005) est devenu comme suit : « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice. Dans le cas prévu par l'article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices ou des défauts de conformité apparents ».

إلى درجة الاستجابة لمتطلبات المستهلكين حيث لا تزال قاصرة، ويرجع ذلك أساساً إلى طابعها العلاجي. ويمكن جرد مظاهر هذا القصور في النقاط التالية:

- جهل المستهلكين للضمان القانوني ولا يعرفون إلا الضمان الاتفاقي، ولذلك عند غياب هذا الأخير فهم يعتقدون أنهم لا يتوفرون على أي حماية، وبالتالي لا يثيرون الضمان القانوني في مواجهة البائع¹.
- إن مقتضيات الضمان تلزم المشتري الذي يطالب بحقه أن يلجأ إلى رفع دعوى أمام القضاء، مع ما يترتب عن ذلك من ضياع الوقت والجهد والمصاريف التي غالباً ما تكون مرتفعة بالنظر للمصلحة المتنازع فيها، الشيء الذي يدفع بالكثير من المشتريين (المستهلكين) إلى التراجع عن رفع هذه الدعوى، والاحتفاظ بالمبيع على حالته مع إجراء إصلاحات عليه ما أمكن.
- الضمان القانوني يمنح المستهلك وسائل غير ملائمة، فدعوى الفسخ لرد المبيع واسترداد الثمن بل وحتى دعوى إنقاص الثمن مع الاحتفاظ بالمبيع (في الحالات التي يسمح فيها التشريع المغربي بذلك)²، لا تمكنان المستهلك من الحصول على شيء مماثل غير معيب. فالفصل 556 ق. ل. ع يتناول الحكم القانوني المقرر لضمان العيب الخفي، والذي يتمثل في تحويل المشتري عند تحقق العيب إما المطالبة بالفسخ واسترداد الثمن أو الاحتفاظ بالشيء محل العقد دون إمكانية المطالبة بإنقاص الثمن، وهو بذلك يختلف عن العديد من التشريعات الأخرى التي أعطت الخيار بين دعوى الفسخ واسترداد الثمن وبين دعوى الإنقاص مع الاحتفاظ بالمبيع على ما هو عليه³.

1 - الفصل 1/556 ق. ل. ع: "إذا ثبت الضمان بسبب العيب أو بسبب خلو المبيع من صفات معينة كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع ورد الثمن..."

2 - إذا كانت القاعدة العامة وفقاً للفصل 556 ق. ل. ع تقضي برفع دعوى الفسخ ورد المبيع للبائع في حالة ثبوت الضمان، فإن هناك بعض الحالات لا يستطيع فيها المشتري سلوك هذا المسلك نظراً لتعذر رد المبيع للبائع على الحالة التي كان عليها، ولا يبقى أمامه إلا رفع دعوى تخفيض الثمن مع الاحتفاظ بالمبيع.

وقد تم التنصيص على هذه الحالات في نصوص متفرقة من الضمان للعيب، ومنها:

- الحالة التي يكون الشيء قد تعيب بخطأ المشتري أو بخطأ من يسأل منه. (الفصل 564/1 ق. ل. ع).

- الحالة التي يستعمل فيها المشتري الشيء استعمالاً من شأنه أن ينقص من قيمته نقصاً محسوساً. (الفصل 564/2 ق. ل. ع)

- الحالة التي يكتشف فيها المستهلك العيب خلال إجراء تحويل على المبيع. (الفصل 562/3 ق. ل. ع).

3 - الفصل 556 ق. ل. ع: "إذا ثبت الضمان، بسبب العيب أو بسبب خلو المبيع من صفات معينة، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع ورد الثمن. وإذا فضل المشتري الاحتفاظ بالمبيع، لم يكن له الحق في أن ينقص الثمن. وللمشتري الحق في التعويض:

- عدم استقرار موقف القضاء وتضارب الأحكام يجعلان المستهلك في حيرة من أمره، مما قد يفرغ تلك الحماية القضائية من محتواها، لأن ذلك يدفع المستهلك إلى التردد في اتخاذ موقف حول الطريق الذي سيسلكه، فهو من جهة، قد يسلك طريق دعوى ضمان العيوب، إلا أن القضاء قد يرفض دعواه بعلّة عدم توافر إحدى شروط رفعها خاصة إذا تم رفعها خارج الأجل القانوني، ومن جهة أخرى، قد يلجأ إلى دعوى عدم المطابقة فيفاجأ برفضها بحجة أن الطريق الذي كان يجب على المدعي (المستهلك) أن يتخذه هو دعوى ضمان العيوب الخفية.
- إن شروط الضمان تحد بشكل كبير من شفافية العقد خاصة وأنه حتى في الحالة التي يتم فيها تقرير مسؤولية التاجر (المحترف) الذي رفعت الدعوى في مواجهته من طرف المستهلك، فهو يستمر مع ذلك في إدراج هذه الشروط (شروط الضمان) في كل العقود الأخرى التي يبرمها مع المشتريين الآخرين، وذلك نتيجة للأثر النسبي للأحكام، مما يدخل الشك والريبة في نفوس المستهلكين حول قيمة الأحكام القضائية.
- إن قصر المدة التي يضعها المشرع رهن إشارة المشتري لرفع دعوى الضمان تجعل حقه في كثير من الأحيان عرضة للضياع.

ولذلك حرص قانون 31.08 على تجاوز بعض الصعوبات التي قد يصادفها المستهلك

في هذا المجال، وذلك من خلال:

- الرفع من الأجل الممنوح للمستهلك لإثارة الدعوى الناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو خلو المبيع من الصفات الموعود بها وحدده في سنة بعد تسلم الأشياء المنقولة وستين بعد تسلم العقار¹.

أ. إذا كان البائع يعلم عيوب المبيع أو يعلم خلوه من الصفات التي وعد بها، ولم يصرح بأنه يبيع بغير ضمان. ويفترض هذا العلم موجوداً دائماً، إذا كان البائع تاجراً أو صانعاً وباع منتجات الحرفة التي يباشرها.
ب. إذا صرح البائع بعدم وجود العيوب، ما لم تكن العيوب قد ظهرت بعد البيع أو كان يمكن للبائع أن يجهلها بحسن نية.

ج. إذا كانت الصفات التي ثبت خلو المبيع منها اشترط وجودها صراحة أو كان عرف التجارة يقتضيها".

¹ - المادة 65 ق. ح. م، وذلك بخلاف ما هو عليه الحال في الفصل 573 ق. ل. ع الذي حدد مدة رفع هذه الدعوى في 30 يوماً بعد تسلم الأشياء المنقولة والحيوانات و365 بعد تسليم العقار.

- لم يعد يشترط ضرورة إخطار البائع بوجود العيب داخل أجل 7 أيام من تاريخ التسليم حتى تقبل دعوى المشتري ما دام أنه (قانون 31.08) نص على عدم تطبيق أحكام الفصول 573 و553 من ق. ل على عقود الاستهلاك¹.
- لم يعد يعترف بصحة شروط الضمان في مجال عقود الاستهلاك (أي شرط الإعفاء من المسؤولية)، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 65 من هذا القانون على عدم تطبيق أحكام البند الثاني من الفصل 571 من ق. ل. ع عندما يتعلق الأمر بعقود بيع السلع أو المنتجات المبرمة بين المستهلك والمورد².
- منع الاتفاق على تقصير آجال رفع هذه الدعوى، فهي تعتبر من النظام العام الحمائي التي يجوز الاتفاق على الزيادة فيها دون تخفيضها³.

وللاستفادة من هذه المقتضيات الحمائية يشترط:

- أن يتعلق الأمر بعلاقة بين مستهلك ومورد، وبالتالي فإن العلاقة بين بائع مهني ومشتري مهني تبقى خاضعة للمقتضيات المتعلقة بالضمان الواردة في ق. ل. ع.
- أن يتعلق الأمر بعقد بيع سلع أو منتجات ويدخل في هذا الإطار حتى العقارات، لأن الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 65، وهي تتحدث عن أجل رفع دعوى الضمان، أشارت إلى العقار.
- وضع مقتضيات خاصة تتعلق بالضمان التعاقدي⁴ والخدمة بعد البيع⁵.

¹ - الفقرة الثالثة من المادة 65 ق. ح. م: "خلافًا لأحكام المواد 573 و553 من الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الآجال الآتية، وإلا سقطت:

بالنسبة إلى العقارات، خلال سنتين بعد التسليم.

بالنسبة إلى الأشياء المنقولة خلال سنة بعد التسليم".

² - تنص الفقرة الثانية من القانون 31.08 على ما يلي: "غير أن أحكام البند الثاني من الفصل 571 ق. ل. ع من الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود لا تطبق على عقود بيع السلع أو المنتجات المبرمة بين المستهلك والمورد".

³ - الفقرة الأخيرة من المادة 65 من قانون 31.08: "لا يسوغ تقصير هذه الآجال باتفاق المتعاقدين".

⁴ - الفقرة الأولى من المادة 66 ق. ح. م: "لأجل تطبيق هذا الباب، يراد بالضمان التعاقدي كل ضمان يضاف إلى الضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع المشار إليه في المادة 65 يمكن أن يقترحه المورد على المستهلك".

⁵ - المادة 69 ق. ح. م: "لأجل تطبيق هذا الباب، يراد بالخدمة بعد البيع العقد الذي تحدد فيه جميع الخدمات التي يلتزم بتقديمها مورد سلعة أو منتج سواء أكان ذلك بعوض أم بالمجان ولا سيما تسليم السلعة أو المنتج المبيع بالمنزل وصيانته وتركيبه وتجريبه وإصلاحه. تختلف الخدمة بعد البيع عن الضمان القانوني وعند الاقتضاء عن الضمان التعاقدي".

وبعد هذا الجرد لمكانن القصور التي تعتري المقتضيات القانونية عن ضمان شفافية عقود الاستهلاك، فماهي إذن الوسائل الكفيلة بتحقيق حق المستهلك في عقود شفافة وعادلة ومتوازنة؟ ذلك ما سنحاول بسطه في الفصل الموالي من هذا الباب.

المطلب الثاني: قصور الضمان الاتفاقي للعيب في عقود الاستهلاك

رغم الامتيازات العديدة التي يمتاز بها الضمان الاتفاقي لكنه قد يضر بالمستهلك بسبب عدم تمكنه من التمييز بينها وبين الضمانات القانونية بسبب عدم خبرته وقلة معلوماته¹. فقد يربط المستهلك بين حقه في استخدام الضمان التعاقدية وبين شروط ضمان العيوب الخفية، فيضيع على نفسه مزايا الضمان التعاقدية².

وقد تظن القضاء الفرنسي إلى هذا الخلط بين نوعي الضمان، فأراد أن يعلم المستهلكين بحقوقهم فجاءت المادة 4 من مرسوم 24 مارس 1978 تنص على إلزام المهني الذي يمنح ضمانا اتفاقيا بالإشارة بوضوح إلى تطبيق الضمان القانوني في كل الحالات، وإلا تعرض لعقوبة جزائية. ورغم ذلك فإن المهنيين غالبا ما يكتفون بما يشير للإحالة إلى المادة 1641 وما يليها من القانون المدني، وهي إحالة مبهمة بالنسبة للمستهلك العادي³.

والأخطر من ذلك هو استخدام الضمان التعاقدية في الدعاية المضللة والإشهار الخادع عوض أن يكون وسيلة إعادة التوازن في العلاقات بين المستهلكين وبين المنتجين والموزعين⁴. فيحدث كثيرا في الواقع اليومي، الإعلان عن أن سلعة مضمونة عدة سنوات مع تضمين العقد عدة شروط مقيدة ومحددة لمسؤولية المنتج والبائع⁵، مما يفرغ الضمان الاتفاقي من أي قيمة حقيقية⁶. وهنا تتأكد أهمية ما نصت عليه المادة 67 المذكورة أعلاه.

¹ - المادة 67 ق. ح. م: " لا يجوز للمورد أن يقترح ضمانه التعاقدية على المستهلك دون الإشارة بوضوح إلى الضمان القانوني الذي يتحمله المورد عن العيوب والعيوب الخفية للشئ المبيع والذي يطبق في جميع الأحوال".

² - وهنا تتضح أهمية المواد 66 و 67 و 71 و 72 ق. ح. م.

³ - Calais Auloy (J) et Steinmetz (F), op. cit, p. 261.

⁴ - عبد المنعم موسى إبراهيم، م. س، ص 474.

⁵ - المادة 21 ق. ح. م تنص على أنه: "يمنع كل إشهار من شأنه أن يوقع في الغلط بأي وجه من الوجوه، إذا كان يتعلق بواحد أو أكثر من العناصر التالية: حقيقة وجود السلعة.... ونطاق التزامات المعلن..."

⁶ - حساني علي، م. س، ص 299.

وبوجه عام، فإن وجود الضمان الاتفاقي لا يسقط حق المشتري في التمسك بالضمان القانوني إذا توافرت شروطه سواء تعلق الأمر ببيع شيء جديد أو مستعمل¹. وأن الضمان القانوني يسري حتى ولو نص عقد البيع على عدم وجود ضمان، وهكذا فإن الضمان الاتفاقي يتعلق أساسا بالعيوب غير الخفية وخاصة تلك القليلة الجسامه، والتي لا تجعل الشيء غير صالح للاستعمال المعد له، ولا تسمح بالتالي للمشتري بممارسة دعوى الرد أو دعوى تخفيض الثمن. وعليه فالشروط التي يتضمنها الضمان الاتفاقي سواء تعلقت بتحديد المدة أو إنقاص حق المشتري في التعويض أو بفرض شروط شكلية معينة، فإنها تكون صحيحة بشرط أن يكون المشتري عالما وراضيا بها².

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى نفس ما نص عليه المشرع المغربي والفرنسي، بخصوص التمسك بالضمان القانوني في وجود استفادة المستهلك من الضمان الاتفاقي، وذلك بموجب المادة 14 من القانون 03.09³ التي تفيد بأن: "كل ضمان آخر مقدم من المتدخل بمقابل أو مجانا، لا يلغي الاستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13 أعلاه".

أما بخصوص المقتضيات القانونية المؤطرة لشكلية محرر الضمان الواردة في القرار الوزاري رقم 07.14 الصادر بتاريخ 2 يناير 2014 والمتعلق بتحديد نموذج المحررات المبرمة بين المورد والمستهلك والمتعلقة بالضمان التعاقدية⁴، ماهي في الحقيقة إلا تطبيقا من تطبيقات الالتزام العام بالإعلام وخاصة المواد 3 و8 و10 و12 ق. ح. م، بل إن المقارنة بين هذه المقتضيات وتنزيلاتها الممكنة في المواد 71 و72 و73 من نفس القانون، وكذا المواد 23 و24 و32 من المرسوم الحكومي⁵، المعتبرة نصا تطبيقيا للمواد أعلاه، وكذا النموذج التطبيقي

¹ - Natacha Sauphanor-Brouillard, Les contrats de consommation, règles communes, L.G.D.J, Paris, 2001, p. 803.

² - محمد بودالي، م. س، ص 288.

³ - القانون 03.09 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 15 بتاريخ 11 ربيع الأول عام 1430هـ، 8 مارس سنة 2009م. ص 12.

⁴ - قرار وزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي رقم 07.14 صادر في 29 من صفر 1435 (2 يناير 2014) بتحديد نموذج المحررات المبرمة بين المورد والمستهلك والمتعلقة بالضمان التعاقدية أو الخدمة بعد البيع أو هما معا فيما يخص بعض السلع أو المنتجات أو الخدمات في قطاع التجارة والصناعة. ج. ر عدد 6286 الصادرة بتاريخ فاتح ذو القعدة 1435 (28 أغسطس 2014)، ص 6544.

⁵ - مرسوم رقم 2.12.503 صادر في 4 ذي القعدة 1434 (11 سبتمبر 2013) بتطبيق بعض أحكام القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ج. ر عدد 6192، بتاريخ 26 ذو القعدة 1434 (3 أكتوبر 2013)، ص 6384.

الملحق بالقرار الوزاري رقم 07.14 المعتبر تطبيقاً للمرسوم أعلاه وخاصة المادة 32 منه، يؤدي إلى القول بأن هنالك بعض القصور في بلورة ناجعة لهذا الحق في الإعلام¹.

إضافة إلى أن مختلف المواد المؤطرة للضمان التعاقدي والخدمة بعد البيع الواردة في ق. ح. م نلاحظ أنها لم تنص على أي جزاء مدني، مقابل اعتماد المشرع عقوبات زجرية بخصوص الإخلال بالشكلية الواجب إفراغ الضمان التعاقدي أو الخدمة بعد البيع فيها، فالمادة 186 ق. ح. م تنص على أنه: "يعاقب على مخالفة أحكام المواد من 66 إلى 73 والنصوص المتخذة لتطبيقها بغرامة من 2.000 إلى 10.000 درهم". فبالرغم من الميزة الردعية للعقاب الجزائي إلا أن تخصيص جزاءات مدنية خاصة كانت ستساعد على دفع المهني إلى تنفيذ التزاماته الناشئة عن الضمان طوعاً.

وأمام جوانب المحدودية هاته، كان لابد من تدخل أطراف أخرى من خارج العلاقة التعاقدية لإعمال الشفافية في عقود الاستهلاك. وهو ما سنحاول بيانه في الفصل الثاني من بحثنا هذا.

¹ - عادل بتكمتي، م. س، ص 128.

الفصل الثاني: إعمال الشفافية في عقود الاستهلاك

من كل ما سبق يتأكد لنا أن للشفافية في عقود الاستهلاك طابع شكلائي فقط، سواء على المستوى القانوني أو الواقعي، فتنفيذ العقود الاستهلاكية كثيرا ما يترتب عنه ضرر بمصالح المستهلك، فكان لابد أن يتدخل القضاء لإعادة التوازن للعقد الاستهلاكي، رغم أنه وإلى عهد قريب ظل متمسكا باحترام المبادئ التقليدية التي كرستها النظريات السائدة لحرية التعاقد في إطار مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه أمام صلاية الأسس التي يقوم عليها هذا المبدأ فإن معظم التشريعات الوضعية المعاصرة أصبحت تميل إلى التخفيف من حدة هذه الأسس ومكنت القضاء من التدخل الإيجابي لتحقيق الشفافية كلما تطلب الأمر ذلك¹، فالعلاقات العقدية لم تعد تقتصر على أطراف من نفس المستوى بل أصبحنا أمام تعاقدات تفتقر للشفافية ولعنصر التوازن بسبب الجهل وانعدام الخبرة لدى أحد طرفي العلاقة العقدية والذي أصبح يعرف بالمستهلك أو "الزبون السلبي"² لاقتصار دوره على استهلاك السلعة أو الخدمة موضوع التعاقد، ونتيجة لتعامله من موقع ضعف فإن التشريعات المدنية المعاصرة أولته اهتماما خاصا بقصد حمايته من طغيان واستغلال الطرف القوي الذي يتعاقد في إطار تخصصه الاحترافي أو المهني الشيء الذي يمكنه من فرض سيطرته ونفوذه على الطرف الضعيف وذلك باستغلاله لعدة آليات قانونية كالشرط الجزائي التعسفي وتعهد الغموض في العقد وإدراج البنود المخففة أو المعفية من تحمل المسؤولية والضمان في صلب العقد، الأمر الذي حتم على القضاء التدخل لإنصاف الطرف الضعيف من بطش الطرف القوي.

ومن ثم، سنخصص (الفرع الأول) لتبيان عناصر هذا التدخل القضائي لضمان حق المستهلك في شفافية العقود التي تعرض عليه، بينما سنتطرق لأشكال تدخل الأجهزة الإدارية المختصة وجمعيات حماية المستهلك لفرض الشفافية في مختلف مراحل تعاقد المستهلك (الفرع الثاني).

¹ - Anne-Christine Fornage, La mise en œuvre des droits du consommateur contractant, étude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand, L.G.D.J, Paris, 2011, p. 149.

² - عبد القادر العرعاري، م. س، ص 210.

الفرع الأول: دور القضاء في إرساء الشفافية في عقود الاستهلاك

من إيجابيات القانون 31.08 أنه ألزم المهني بأن يبادر إلى إعلام المستهلك بكل تفاصيل العقد قبل موافقة هذا الأخير على إبرامه، وذلك بغية تنوير رضائه ومساعدته على القيام بالاختيار المناسب له دون تحايل أو تدليس. إلا أن العقود المعروضة على الأشخاص غالباً ما تكون محررة بصيغ وعبارات غامضة يقصد منها التحايل، وذلك بإدراج شروط قد تحمل أكثر من معنى. كما يأتي الغموض من النص أو عدم فهم مصطلح وذلك بسبب صعوبة اللغة التي حرر بها، أو باستخدام مصطلحات تقنية يعسر فهمها على المتعاقد غير المتخصص، لذلك يتوجب البحث عن النية الحقيقية أثناء تفسير الاتفاقات ولا يتوجب الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ. فالمهني غالباً ما يستغل حاجة المستهلك أو ضعفه أو طيشه أو هواه ليلحق به غبن فاحش، خاصة وأن الطرف المذعن لا يتمتع بحرية مناقشة شروط العقد وبنوده بحيث يقتصر قبوله على التسليم بمشروع عقد يضعه الموجب ولا يقبل المناقشة فيه، ويكون مضطراً في نفس الوقت إلى إبرام هذا العقد لأنه ينصب على خدمة أساسية أو ضرورية يحتكرها المتعاقد الآخر.

ونظر للمهمة النبيلة التي يضطلع بها القضاء داخل المجتمع، فإنه يقوم بدور فعال في فرض الشفافية في عقود الاستهلاك، وذلك بإعمال طرق التفسير المتاحة له وبحثه عن جوهر النية لأطراف العقد، وإقصاءه لكافة الشروط التي لا تتوافق معها. هذا الدور الفعال للقضاء في إلزام المهني بالالتزام الشفافية والوضوح الكاملين في الشروط التي يدرجها ويفرضها على الطرف الضعيف المتمثل في المستهلك، يتجسد أساساً في الرقابة على الشروط الاتفاقية المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية، وهوما سنوضحه من خلال الآليات القضائية لتحقيق الشفافية في عقود الاستهلاك سواء في مرحلة إبرام العقد (المبحث الأول)، أو تنفيذه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الآليات القضائية لتحقيق الشفافية عند إبرام العقد الاستهلاكي

قد يقول قائل إن القاضي خادم للعقد، وليس له أن يعدل أو يلغي من بنوده شيئاً، ما لم يكن له سند قانوني، لأن منحه هذه السلطة قد توقعه في التعسف وأن من شأن ذلك المس بالأمن القانوني.

وعن حق، يدحض أستاذنا د. أحمد كويس¹ هذه الاعتراضات رغم وجاهتها، إذ لا يجب أن تحول دون تدخل القاضي لإعادة بناء العقد، وذلك لأن وظيفة القاضي هي إقامة العدل بين المتعاقدين، وهو ما يستدعي تدخله في العلاقة العقدية التي تربطهما، وإلا فإنه سيصبح أداة يستعملها الطرف القوي لتحقيق مصلحته على حساب مصلحة الطرف الضعيف، هذا فضلاً عن أن التطور الذي طرأ على نظرية الالتزام يوجب القول بإعطاء القاضي هذه السلطة، فإذا كان ينظر إلى العقد في الماضي على أنه نتاج مصالح متعارضة بين الأطراف، إذ كان كل طرف لا يهتم إلا بمصالحه الخاصة، فقد أصبحت في الوقت الحالي للعقد وظيفة اجتماعية يجب أن يأخذها الطرف الآخر في اعتباره وإلا تحمل المسؤولية، وهو ما أدى إلى ظهور مبادئ جديدة غايتها تحقيق هذه الوظيفة الاجتماعية، مثل المساواة العقدية ومبدأ التوازن العقدي، والأخوة التعاقدية والتضامن العقدي.

وقد انعكست هذه المبادئ على وظيفة القاضي وزكاتها قوانين الاستهلاك، فبعد أن كان مهام التدخل القضائية في المجال التعاقدي تقتصر على الجوانب المتعلقة بتفسير العقد وتكييفه وإجلاء الإبهام عنه في حالات غموضه، وقد يصل الأمر في الحالات الأخرى إلى منح المدين مهلاً استرحامية لتيسير مهمة أداء مقابل الالتزام²، فإن الوضع قد تغير بفعل تنامي ثقافة حماية المستهلك التي فرضت على القضاء تفعيل تدخلاته لصالح الطرف المستهلك باعتباره طرفاً ضعيفاً يستحق حماية من نوع خاص³. إذ أصبح من مهام القاضي، تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف باسم العدل التبادلي *La justice commutative*، وبذلك خبت جذوة كثير من

¹ - أحمد كويس، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، م. س، ص 30.

² - الفقرة 2 من الفصل 243 ق. ل. ع: "ومع ذلك يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه آجالاً معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها".

³ - Marcel FONTAINE, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belges, Rapport de synthèse, L.G.D.J, 1996, p. 615 et s.

المبادئ التقليدية كالقوة الملزمة للعقد والأثر النسبي للاتفاقات ومبدأ سلطان الإرادة. وبالتالي فالقاضي ليس في حاجة لنص خاص يعطيه سلطة إعادة الشفافية للعقد الاستهلاكي، ففي فرنسا لم يكن قانون 10 يناير 1978 يمنح القاضي صراحة هذه السلطة، ورغم ذلك فقد يحكم القاضي بإلغاء شرط تعسفي ما، استناداً إلى القواعد العامة للقانون المدني¹.

وهكذا، ومن أجل إرساء الشفافية المطلوبة في العقد الاستهلاكي يعتمد القاضي إلى التدخل في العقد للحد من الشروط التعسفية (المطلب الأول) أو لتفسير شروط العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور القاضي في الحد من الشروط التعسفية

فيما يتعلق بالرقابة القضائية على الشروط التعسفية، فقد أثير التساؤل منذ ظهور قانون 10 يناير 1978 بفرنسا، حول مدى صلاحيات القضاء العادي في إلغاء الشروط التعسفية في مفهوم المادة 35، وقد تأرجح موقف القضاء في هذا الخصوص، حيث تبنى تارة التفسير الضيق، وبالتالي أعلن رفضه لإبطال الشرط التعسفي²، وتارة استند على التفسير الواسع وأيد الحكم ببطلانه³. ولقد أباحت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها للقاضي الحكم ببطلان الشرط التعسفي، حيث اعتبرت أن الشرط المدرج في نشرة الإيداع والذي يعفي المعمل من كل مسؤولية عن فقدان الصور diapositifs يتضمن صيغة تعسفية ويجب اعتباره كأن لم يكن⁴. أما على المستوى الأوروبي فقد شكل قرارات المحكمة الأوروبية دعماً واضحاً لتدخل القاضي لإزالة الشرط التعسفي وليس فقط مراجعته⁵ خاصة في العقود النموذجية⁶.

1 - رغم التردد الذي طبع القضاء الفرنسي عند صدور هذا القانون.

2 - Aix, 20 mars 1980, D, 1982, p. 131.

3 - Cass. Civ, 26 juillet 1987, D. 1988, p. 49.

4 - Cass. Civ, RTDC, 1991, p. 526.

5 - CJCE, 14 juin 2012, C- 612/10, Banco Espanol de Crédito : RTDE 2012, p. 666, spéc. N°5, obs. C. Aubert de Vincelles ; D. 2013, P. 945, obs. E. Poillot.

6 - CJCE, 26 avril 2012, C- 412/10, Invitel, RTDE 2012, p. 666, obs. C. Aubert de Vincelles ; JCP G 2005, note G. Paisant ; D. 2013, p. 945, obs. E. Poillot, pt 37 et 38.

- Carole Aubert DE VINCELLES, La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de droit de la consommation, Le droit européen de la consommation, Quatrième

وبما أن مبادئ العدل والمساواة واحترام الغير تأبى أن تستنزف طاقة شخص في سبيل تحقيق المنفعة القصوى للغير بما يدل دلالة واضحة على عدم الاستقامة في التعامل، فالقضاء لم يقف مكتوف الأيدي إزاء احتواء العقد على بنود تعسفية¹. وبما أن عقود الاستهلاك هي مجالا خصبا لانتشار الشروط التعسفية، بالنظر للطبيعة الخاصة لهذه العقود التي تأتي في الغالب على شكل عقود نموذجية يحررها المهني مسبقا ومن جانب واحد، ويذعن لها المستهلك دون إمكانية مناقشتها أو رفضها خاصة عندما يتعلق الأمر بمنتوج أو خدمة حيوية لا غنى عنها للمستهلك، وكانت هذه المادة محتكرة من طرف منتج معين كما هو الحال بالنسبة لعقود الاشتراك في الماء والكهرباء². ونظرا لخطورة الشروط التعسفية على مصالح المستهلك، فالمشرع المغربي خصها بتأطير قانوني مفصل ودقيق، وذلك في القسم الثالث من القانون 31.08 تحت عنوان: "حماية المستهلك من الشروط التعسفية". فبمقتضى هذا القانون اعترف المشرع المغربي للقاضي بسلطة تقديرية واسعة في تقدير الطابع التعسفي للشروط الواردة في العقود الاستهلاكية (الفقرة الأولى) ولكن في إطار ضوابط محددة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إنقاص العقد بإلغاء الشروط التعسفية

يتعلق الأمر بالحالات التي ينصب فيها البطلان أو الإبطال على جزء من العقد دون باقي الأجزاء الأخرى وهذا ما يطلق عليه البطلان الجزئي. ففي مثل هذه الأوضاع هل يمتد مفعول البطلان أو الإبطال ليشمل باقي الأجزاء الصحيحة من العقد؟ أم أنه ينحصر في إطار الجزء الذي لحقه البطلان أو الإبطال دون غيره؟

يمكن القول إنه ليس هناك ما يمنع من الإبقاء على الأجزاء الصحيحة من العقد واقتصار البطلان أو الإبطال على الجوانب المعيبة ويتم ذلك عن طريق ما يسمى بنظرية "انتقاص العقد"

rencontres européennes de Perpignan, sous la direction de Yves PICOD, éd. Mare & martin, 2018, p. 43.

1 - هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014، بيروت، لبنان، ص 198.

2 - حسن الوزاني التهامي، دور القضاء التجاري في حماية المستهلك، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، عدد 8، السنة 2009، ص 163.

التي تهدف إلى إنقاذ ما يمكن إنقاذه من العقد إعمالاً للمبدأ المشهور: "ما لا يدرك كله لا يترك جله"¹.

فقد تبنى القضاء المغربي نظرية انتقاص العقد في أحكامه الصادرة عنه، والتي تهدف في أساسها إلى عدم إلغاء العقد بشكل كلي إذا ما كان في جزءاً صحيحاً دون الشق الذي لحقه البطلان، مما يكون معه العقد في شقه الصحيح قائماً، وقد تم التنصيص على هذا المقتضى في الفصل 308 ق. ل. ع الذي جاء فيه أن "بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه، إلا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائماً بدون الجزء الذي لحقه البطلان، وفي هذه الحالة يبقى الالتزام قائماً باعتباره عقداً متميزاً عن العقد الأصلي". وعلى ضوء هذا النص صدر قرار عن محكمة النقض جاء فيه أن "بطلان جزء من الالتزام لا يبطل الالتزام كله إذا أمكن قيامه بدون الجزء المذكور، اعتماداً لمبدأ انتقاص العقد المنصوص عليه في الفصل 308 ق. ل. ع"². وعلى غرار القرار السابق صدر قرار استئنافية القنيطرة جاء فيه أن "ثبوت زورية عبارة من عبارات العقد لا يؤثر على أركانه وشروطه، عملاً بنظرية انتقاص العقد تكريساً لمبدأ استقرار المعاملات وقاعدة إعمال العقد خير من إهماله"³.

ولقد استحضر المشرع المغربي عند صياغته لقانون تدابير حماية المستهلك نظرية انتقاص العقد في الشق المتعلق ببطلان الشروط التعسفية، حيث نص في المادة 19 من القانون 31.08 على ما يلي: "يعتبر باطلاً ولاغياً الشروط التعسفية الواردة في العقد المبرم بين المورد والمستهلك، تطبق باقي مقتضيات العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائماً بدون الشرط التعسفي المذكور".

ويستنتج من خلال تمعننا في صياغة كل من الفصل 308 ق. ل. ع والمادة 19 من القانون 31.08، أن كلاهما تتبنيان فلسفة انتقاص العقد، إلا أن الفصل الأول مقتصر على إعمال الشق السليم من العقد دون الجزء الباطل أو القابل للإبطال منه الذي يتم بتره، بينما

1 - عبد القادر العرعاري، م. س، ص 330.

2 - قرار صادر بتاريخ 1998/10/14، عدد 3488، ملف عدد 95/3488، منشور بمجلة المجلس الأعلى، عدد 56، ص 140.

3 - حكم عدد 401 بتاريخ 2012/04/10، ملف عدد 838/09، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 38/37، ص 397.

المادة الثانية تعتمد على مبدأ إلغاء الشرط التعسفي فقط، وذلك بالتصريح ببطلانه، والغاية من هذا التطور التشريعي هو تحقيق القدر الكافي من الشفافية لصاح المستهلك وحماية مصلحته المتمثلة في الحفاظ على العقد مع إلغاء الشرط التعسفي، وبالتالي فهو الأمر الذي سيساهم في إحجام الموردين عن فرض شروطهم التعسفية¹. وتنبغي الإشارة إلى أن مقتضيات قانون حماية المستهلك من النظام العام، وذلك طبقاً للمادة 20 من القانون 31.08: "تعتبر أحكام هذا القسم من النظام العام". وبما أن المقتضيات المنظمة للشروط التعسفية منظمة في إطار قانون الاستهلاك التي تعتبر من النظام العام، فإنه يمكن للمحكمة إلغائها بإثارة البطلان من تلقاء نفسها دون أن يتمسك بها الطرف الآخر، وهنا يكمن الدور الفعال للقضاء في حفظ شفافية الشروط الواردة في عقود الاستهلاك.

ولقد اختلف الفقه حول المقصود بالشروط التعسفية²، وذلك قبل صدور القانون 31.08 الذي حسم هذا الإشكال بنصه في المادة 15 منه على أنه "يعتبر شرطاً تعسفياً في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عنه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك". كما عرفت مدونة الاستهلاك الفرنسية كما يلي: "تعتبر تعسفية في العقود المبرمة بين المهني غير المهني أو المستهلك الشروط التي من شأنها أن تخلق من حيث موضوعها أو أثرها على حساب المستهلك عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد".

ويلاحظ من خلال التعاريف أعلاه تواجد تناسق بين توجه المشرع المغربي ونظيره الفرنسي، وحسناً فعل الأول بهذا التعريف الذي سهل على القضاء التعرف على الشروط

1 - مازن القضاوي، القضاء والعدالة التعاقدية، بحث نهاية التكوين بالمعهد العالي للقضاء، الرباط، 2017، ص 12.
2 - نزهة الخلدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية، عقد البيع نموذجاً، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية: 2004-2005.
- إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 3، 2001، ص 65 وما يليها.
- أبو بكر مهم، الوسائل الوقائية لحماية المستهلك، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2004-2005.
- العربي محمد مباد، م، س، ص 415-417.

التعسفية وغيرها من الشروط العادية التي يحظر المساس بها التي يحظر المساس بها لمجرد ثبوت اختلال في الواجبات والحقوق المتبادلة بين الطرفين.

يتبين مما تقدم أن كلا من المشرع والقضاء المغربيين، قد تأثرا بالنظرية الحديثة لمبدأ سلطان الإرادة التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف، مما جعلهما يخففان من حدة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تلزم في أصلها الأطراف والقضاء بالتقيد بمضمونها دون زيادة أو نقصان، وحسنا فعلا في تبنيهما لنظرية انتقاص العقد التي تعتبر من ركائز النظرية الحديثة، لأنه غالبا ما تكون مصلحة الطرف الضعيف متمثلة في إبقاء العقد مع إلغاء الشروط التعسفية التي تفتقر للشفافية في مضامين شروطها، وبالتالي تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد¹. لكن من أجل ذلك، لا بد أن يتقيد القاضي في تقديره لمدى تعسف بنود العقد الاستهلاكي بضوابط قانونية محددة، وذلك حتى لا تكون سلطة مطلقة².

الفقرة الثانية: ضوابط تقدير الطابع التعسفي لبنود العقد الاستهلاكي

يجب الأخذ في الاعتبار أن المشرع المغربي وضع من خلال المادتين 15 و 16 من القانون 31.08 بعض الضوابط التي يراعيها القاضي عند تقييمه وتقديره للشروط التعسفية، كما نصت المادة 18 على قائمة الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية إذا توافرت فيها الشروط الواردة في المادة 15، وهي:

أولاً: الاختلال الواضح بين حقوق والتزامات طرفي العقد الاستهلاكي

يجب على القاضي وهو بصدد تقدير خاصية التعسف في شروط العقد الاستهلاكي، أن يضع نصب عينيه معيار أو ضابط التوازن في الأداءات بين المهني والمستهلك³، وهكذا فكلما تبين للقاضي أثناء تفحصه لشروط العقد الاستهلاكي أن الغرض منها أو يترتب عليها اختلال

1 - مازن القضاوي، بحث نهاية التكوين، القضاء والعدالة التعاقدية، م. س، ص 14.

2 - على العكس من ذلك يرى ذ. عبد الكريم عباد، بأن سلطات القاضي لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك تبقى غير محدودة، خصوصا في إطار توظيفه للمقتضيات القانونية العامة (نظريتي الغبن والسبب)، وكذلك باستعماله لهامش الاجتهاد الممنوح له في إطار المقتضيات الخاصة. للمزيد حول حدود سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، انظر: عبد الكريم عباد، م. س، ص 120-127.

3 - علي أحمد محد سعيد، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريعين اليمني والمغربي، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 42، ماي 2022، ص 291-321.

كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك، فإنه يكون شرطا تعسفيا يجب عليه التصدي له واستبعاده، وذلك طبقا للفقرة الأولى من المادة 15 من القانون 31.08 السالفة الذكر.

فهذه الأخيرة تفسح المجال للقاضي لاستعمال سلطته التقديرية في تحديد طابع الشروط المتنازع حولها من خلال تقديره مدى توازن العقد في مجموعه، حيث لا يكفي بالقيام بتقدير كمي محض من خلال الموازنة بين حقوق وواجبات الأطراف لتحديد مدى الاختلال في التوازن داخل العقد، بل يجب أيضا أن يقوم بتقدير كفي من أجل البحث عما إذا كانت الفائدة أو المزية التي يجنيها المورد من الشرط أو الشروط المدرجة في العقد خالية من أي مقابل لفائدة المستهلك، بحيث يحصل اختلال في التوازن على حساب هذا الأخير، ومع ذلك فإن الاختلال يجب أن يكون كبيرا، أما الاختلال البسيط فإنه يمكن القبول به ولا يؤخذ به ويعتبر الشرط صحيحا¹. لذا يجب فهم مفهوم الاختلال الكبير كإساءة استعمال الحق أو كاختلال في الأداءات التعاقدية، مع مراعاة الاقتصاد الكلي للعقد².

كما أن المشرع المغربي وضع أما القضاء بمقتضى المادة 18 من القانون 31.08، لائحة تضم مجموعة من الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية إذا توافرت فيها شروط المادة 15 من القانون نفسه. فهذه الشروط لا تعتبر تعسفية في حد ذاتها لأن المشرع استعمل أداة الشرط "إذا" حيث جاء في نص المادة 18 على أنه "تعتبر الشروط تعسفية إذا كانت تتوفر فيها شروط المادة 15. أي أن هذا الأخير يشكل مقياسا لمدى تعسفية شروط العقد الاستهلاكي، وصيغة أخرى، لا بد أن يكون الغرض من هذه الشروط أو يترتب عليها اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد مما يضر بالمستهلك، وهو ما يخول للقاضي إمكانية التصريح بأن شرطا ما، على الرغم من وروده في هذه القائمة لا يكتسي طابعا تعسفيا، إذا اتضح له غياب الاختلال الكبير بين حقوق والتزامات الطرفين، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فالمشرع اعتمد لائحة الشروط التعسفية التي تضم سبعة عشر شرطا على سبيل المثال لا الحصر، علاوة

¹ - أبو بكر مهم، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقال بمجلة القضاء والقانون، عدد 161، سنة 2012، ص 145.

² - Alexandre Schiffer, Les pouvoirs du juge de consommation, mémoire Master, université Montpellier I, 2013-2014, p. 42.

على ذلك أعطى للقاضي إمكانية البحث في النصوص التشريعية الخاصة عما يثبت تعسف شرط من الشروط دائم مع مراعاة المادة 15.

فقد ذهبت محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء في قرار لها إلى أن: "اشتراط أتعاب المحامي في عقد القرض يعتبر من الشروط التعسفية، مادامت هذه الأتعاب لا تندرج ضمن توابع القرض ولا تدخل في مكوناته، مما يترتب عنه رفض طلب استرجاعها"¹.

كما أنه من خلال الحكم الهام للمحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2015/10/01، اعتبرت فيه أن رفع المهني (البنك) من سعر الفائدة بإرادة منفردة دون موافقة المقترض أو إخباره، يعد شرطا تعسفيا. كذلك المحكمة التجارية بمراكش في حكم صادر² عنها بتاريخ 2013/07/29 جاء فيه: "وحيث أنه بخصوص طلب استرجاع ما تم دفعه كتسبيق لثمن البيع، فإن المدعى عليها فرعيا تتمسك بالشرط الوارد بالعقد الإضافي، والذي ينص على أن التسبيق لا يسترجع إلا بعد بيع الفيلا وقبض الثمن من مشتري جديد، لكن هذا الشرط يتعارض مع مقتضيات الفصل 121 ق. ل. ع الذي ينص على أن " الشرط الفاسخ لا يوقف تنفيذ الالتزام وإنما يلزم الدائن برد ما أخذه إذ ما تحقق الأمر المنصوص عليه في الشرط..."، كما أنه شرط تعسفي طبقا للمادة 15 من القانون 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك، والذي يعتبر كل شرط الغرض منه أو يترتب عليه خلل كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك شرطا تعسفيا، وفي نازلة الحال فإن هذا الشرط من شأنه أن يرتب اختلالا كبيرا بين حقوق وواجبات طرفي العقد، لأنه لا يعقل أن يسترجع البائع الشيء المبيع حالا وينتظر المشتري، الذي يعتبر مستهلكا بمفهوم المادة 2 من القانون المذكور."

كل هذا يدل على أن تلك اللائحة غير ملزمة للقاضي، فهي تعد قرينة بسيطة على أنها تعسفية إذا وقع النزاع بشأنها بين المستهلك والمورد، وفي هذه الحالة فإن المشرع ألزم المهني

¹ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 2013/5726، ملف رقم 8/2013/1263، صادر بتاريخ 2013/12/24، أورده: عبد السلام الهوى، السلطة التقديرية للقاضي في منازعات الاستهلاك على ضوء القانون رقم 31.08 والاجتهاد القضائي، الطبعة الأولى، 2019، مطبعة دار السلام، الرباط، ص 73.

² - حكم المحكمة التجارية بمراكش، ملف رقم 2012/4/3133، صادر بتاريخ 2013/07/29. أورده: عبد السلام الهوى، م. س، ص 74.

في الفقرة الأخيرة من المادة 18 بالإدلاء بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط المعني. كما أن الاجتهاد القضائي الفرنسي يرجع له الفضل الكبير في التصدي للشروط التعسفي منذ زمن بعيد، حيث بدأت محكمة النقض الفرنسية تعترف، منذ بداية التسعينيات من القرن الماضي، تدريجيا بدور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية¹.

ثانيا: الالتزام بقواعد تأويل العقود المنظمة في ق. ل. ع

تنص المادة 16 من القانون 31.08 على أنه: "دون الإخلال بقواعد التأويل المنصوص عليها في الفصول من 461 إلى 473 من ق. ل. ع يقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط..." وتنص المادة 473 ق. ل. ع على أنه "عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم"². والمقصود بالشك هنا هو عدم إمكانية حسم التردد الذي لا يمكن معه تحديد النية المشتركة لأطراف العقد.

ويبدو أن مبدأ تفسير الشك يقوم على فكرة مفادها أن الذي يلتزم يكون في موقف ضعف بالمقارنة مع الذي حرر الشرط، وأن الإرادة المشتركة للأطراف هي التي تشكل المساواة في القوة بين المتعاقدين، وأن انعدام هذه المساواة يؤدي إلى فرض القبول، وهذا الاختلال في التوازن العقدي هو الذي يفرض مبدأ تفسير الشك لمصلحة الملتزم³. ويتأسس هذا المبدأ على أن الأصل في الإنسان براءة الذمة، فإذا وجد من يدعي خلافا لهذا الأصل فإن عليه أن يثبت هذا الادعاء. وانطلاقا من هذا المبدأ فإن مدى التزام المدين المؤسس على الشرط، يجب أن يفهم باعتبار أن الأصل هو عدم تحمل المدين بالالتزام. ومع ذلك فإن الأخذ بقاعدة تفسير الشك ضد المشتراط يثير بعض اللبس، لأن الأخذ بالمعنى الحرفي لكلمة مشتراط قد لا يكون كافيا وحده، كما في عقد العمل حيث أن الملتزم بدفع الأجر هو رب العمل، فهل يفسر الشرط لصالحه مع أنه المحرر للعقد؟ لذلك فإن تبني المعنى الحرفي يؤدي إلى الإضرار بالطرف الضعيف خلافا لما قصده المشرع.

¹ - Cass. Civ, 14. Mai. 1991, n° de pourvoi 89. 20999. courdecassation.fr

² - يقابله الفصل 151 من القانون المدني المصري، والفصل 162 من التقنين المدني الفرنسي.

³ - إدريس فتاحي، الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في القانون المغربي والمقارن، م. س، ص 140.

ويفسر القضاء كلمة مشترط باعتباره ذلك الذي يحرر العقد ويضع شروطه، وأن الطرف الآخر الذي يجب حمايته هو الطرف المذعن¹. ومع ذلك يرى بعض الفقه²، بأن قاعدة تفسير الشك لصالح الملتزم كما جاءت في الفصل 473 ق. ل. ع تظل قاصرة عن تحقيق الحماية ضد الشروط التعسفية لأنها لم تتحكم في سنّها فلسفة التصدي للشروط التعسفية، حيث يرى ذ. العربي مياد أن "مفهوم الملتزم في الفصل 473 ق. ل. ع ينسحب على أي طرف في العقد، لا فرق بين أن يكون هو الطرف القوي في العقد أو الطرف الضعيف، والفرق بينهما هو أن يكون ملتزماً أو بمعنى أدق مديناً تجاه الغير"³، بخلاف المادة 9 من قانون تدابير حماية المستهلك 31.08 التي استحضر فيها المشرع متطلبات حماية المستهلك. ولهذا كان على المشرع أن يستثنيها من قواعد التأويل المتعلقة بالعقود الاستهلاكية، والاكتفاء بمقتضيات المادة 9 التي تقضي بأنه "...في حالة الشك حول مدلول أحد الشروط، يرجح التأويل الأكثر فائدة بالنسبة إلى المستهلك" سواء كان دائناً أو مديناً. ويرى جانب من الفقه أن هذا الاتجاه له مبرراته ومنها أن الدائن هو الذي يملّي الالتزام وبالتالي فهو الذي يجب عليه تحمل تبعه الشك⁴.

وقد أورد المشرع الفرنسي في المادة 1602 من القانون المدني نصاً يلزم البائع بتوضيح ما يلتزم به للمشتري، فإذا تبين غموض شروط عقد البيع تم تفسيرها ضد البائع سواء كان دائناً أو مديناً. فهذا الموقف التشريعي ينم عن وعي كامل بأن حماية أطراف العقد من خلال تفسير النصوص لا تتوقف على صفة الدائنية أو المديونية، بل إن الحماية تتحقق من خلال تفسير شروط العقد لصالح الطرف الضعيف أو الأقل خبرة. وكذلك التوجيه الأوروبي رقم 93/13/CE المتعلق بالشروط التعسفية التي وضع شرطين أساسيين لضمان شفافية شروط العقد، وهي: أن يكون واضحة ومفهومة، وأوكلت مهمة تقدير ذلك للقاضي الوطني لدول الاتحاد الأوروبي⁵.

¹ - Limoges, 25 juin 1971, J.C.P. 1971, p. 283.

² - عبد المهيمن حمزة، النظام القانوني للقروض البنكية العقارية المخصصة للسكن، أطروحة دكتوراه، طنجة، السنة الجامعية 2012-2013، ص 422.

³ - العربي محمد مياد، م. س، ص 455.

⁴ - توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، طبعة 1978، مكتبة الباحث، ص 300.

⁵ - Anne - Christine Fornage, op. cit, p. 198.

وقد سار الاجتهاد القضائي المغربي على غرار نظيره الفرنسي في تفسير الشك لفائدة الطرف المذعن، بعدما كان متمسكا فيما سبق بقاعدة تفسير الشك لصالح الملتزم، إلى أن عدل عن هذا التوجه بإصداره قرارات تقضي بتفسير الشك لفائدة المستهلك، من بينها قرار صادر عن المجلس الأعلى جاء فيه "في حالة سكوت عقد التأمين عن وقت بدء سريان العقد ووقت انتهائه، يجب تفسير السكوت لمصلحة المؤمن له"¹.

ثالثا: مراعاة الظروف المحيطة بالعقد وقت إبرامه

تنص المادة 16 من قانون 31.08 على أنه "يقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط بالرجوع وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه..."، وبهذا يemon المشرع قد وضع أمام القاضي ضابطا مهما يوجهه لتقدير الطابع التعسفي للشروط الواردة في العقد من عده، بحيث يجب على القاضي أثناء قيامه بهذه المهمة، مراعاة جميع الظروف والملابسات المحيطة بإبرامه.

ويرى بعض الفقه²، أن تقدير الطابع التعسفي لشرط ما يجب أن يكون وقت إبرام العقد، وبالتالي فإنه لا يجب الانتظار حتى ينتج الشرط التعسفي آثاره أثناء تنفيذ العقد حتى يمكن المنازعة فيه، مما يظهر بوضوح الطابع الوقائي لهذه الحماية. ولهذا فسلطة القاضي في إبطال الشروط التعسفية لا تنحصر فقط في مرحلة تنفيذ العقد وإنما يمكن أن تشمل مرحلة تكوين العقد، فالعلة من تدخل القاضي هي إبطال الشرط التعسفي بغض النظر عن زمن إثارته، وعلى هذا الأساس تعتبر تعسفية حسب المادة 16 من ق ح م، الشروط التي تحقق اختلالا كبيرا في التوازن بغض النظر عما إذا كان هذا الاختلال قد ظهر أثناء تنفيذ العقد أم لا³.

1 - قرار المجلس الأعلى، أوردته: هند الحموتي، عقد الاستهلاك بين النظرية والتطبيق، بحث نهاية التكوين، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2009-2010، ص 68.

2 - أبو بكر مهم، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، م. س، ص 146.

3 - عبد السلام الهوى، م. س، ص 78.

رابعاً: الرجوع إلى باقي شروط العقد أو عقد آخر في حالة الترابط القانوني للعقدين

في الفقرة الأخيرة من المادة 16 من ق ح م جاء أنه "... وإلى الشروط الأخرى الواردة في العقد، ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين ببعضهما البعض من الوجهة القانونية".

إذن فالقاضي عند تقديره لمدى تعسف شرط من شروط العقد، ملزم بالأخذ بعين الاعتبار جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد الاستهلاكي، وذلك لكون العقد يشكل وحدة لا تتجزأ، فكل شرط يبين مضمون ومقصد الشرط الآخر. ومعرفة الطابع التعسفي لأحد الشروط يجب أن تتم على ضوء فهم باقي الشروط كما يؤكد ذلك الفصل 464 ق. ل. ع¹، على اعتبار أن القيام بمقارنة مختلف الشروط التعاقدية من شأنه أن يكشف مدى اختلال التوازن بترجيح كفة المورد أم لا.

كما أن المادة 16 أعطت للقاضي، في سياق تقديره لمدى تعسف الشرط، إمكانية الرجوع إلى شروط عقد آخر، على أن يكون هاذان العقدان مرتبطين فيما بينهما من الناحية القانونية، كما هو الأمر مثلاً بالنسبة لعقد القرض المخصص، حيث نص المشرع على وجود ارتباط بين عقد القرض والعقد الأصلي²، بحيث إن الشرط قد يبدو لأول وهلة عند الاطلاع عليه أنه تعسفي يمنح للمهني ميزة مفرطة، ولكن عند الاطلاع على جميع البنود المدرجة في العقد نفسه أو في عقد آخر مرتبط به، يتبين بأن المستهلك حصل على مقابل لذلك، بحيث تصبح الالتزامات متوازنة وتنتفي بذلك الصفة التعسفية عن الشرط³. لذا يجب على عدم إهمال هذا الضابط الذي من شأنه تنوير سلطته التقديرية لمدى تعسف شروط العقود الاستهلاكية.

¹ - الفصل 464 ق. ل. ع: "بنود العقد يؤول بعضها البعض بأن يعطي لكل منها المدلول الذي يظهر في مجموع العقد. وإذا تعثر التوفيق بين هذه البنود لزم الأخذ بآخرها رتبة في كتابة العقد".

² - أبو بكر مهم، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، م س، ص 146.

³ - عبد السلام الهوى، م. س، ص 79.

المطلب الثاني: دور القاضي في تفسير العقد الاستهلاكي

التفسير في اللغة كشف المراد عن اللفظ المشكل، وهو يطابق معن التأويل أي رد أحد المحتملين إلى ما يطابق الظاهر. والفسر: البيان. فسر الشيء يفسره، أبانه، والفسر كشف المغطى. استفسرته كذا أي سألته أن يفسر لي¹.

أما اصطلاحاً، فقد تعددت تعاريف تفسير العقد. فمثلاً عرفه ذ. عبد الحكم فوده² بأنه "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد، والعناصر الخارجة عنه المرتبطة به". ويعرفه ذ. عبد الحق صافي³ أنه "تحديد معنى ومضمون الالتزامات العقدية المختلفة في تأويلها بين العاقدين". في حين ذهب J. Ghestin إلى أن التفسير هو "عملية معدة لإيجاد معنى موجود سابقاً من جديد، غير أن صيغته، أي كشفه للعالم الخارجي، مشوبة بعيب، إما لأنه مبهم أو ملتبس وإما لأنه عبثي. إذ أن وظيفة التفسير تتمثل في الإعداد لحل قانوني مناسب مع الأخذ في الحسبان الحاجات والمصالح الواجب إرضاؤها. ذلك أن الفكرة المعبر عنها تحوي إما شوائب فيطلق عليها "التفسير التصحيحي"، أو تعاني ثغرات وهو "التفسير البناء"⁴.

والتفسير الذي يهنا هنا هو التفسير القضائي، أي الذي يصدر عن قاضي الموضوع في مجلس القضاء بمناسبة طرح النزاع عليه والمتعلق بمضمون العقد. هذا مع العلم أن القاضي لا يستطيع الإعراض عن هذه المهمة وإلا اعتبر منكراً للعدالة، أو هو بتعبير آخر: "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي من أجل الوقوف على الإرادة الحقيقية للطرفين" بتعبير ذ. عبد القادر العرعاري.

¹ - ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الخامس، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1994، ص 55.

² - عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1985، ص 11.

³ - عبد الحق صافي، القانون المدني، الكتاب الثاني: آثار العقد، الطبعة الأولى، 2007، مطبعة النجاح الجديدة، ص 79.

⁴ - J. GHESTIN, op. cit, p. 20.

واستنادا لقاعدة أن الاتفاقات المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها، فإنه يمنع على المحكمة مراجعة شروط العقد طالما كانت واضحة ولا غموض فيها¹، خاصة إذا كانت غير مخالفة للنظام العام وحسن الآداب. إلا أنه بحكم ما يتمتع به المهني من منزلة قوية في عقود الاستهلاك، فإنه غالبا ما يعتمد بشكل مقصود إلى وضع شروط في العقد إما غامضة أو تحتل أكثر من معنى اتقاء ما قد يتعرض له من مساءلة أثناء تنفيذ العقد. ومن هنا يرى بعض الفقه²، أن تفسير عقود الاستهلاك لا يمكن أن يتم بنفس الكيفية التي تتبع بالنسبة لسائر العقود الأخرى لغياب الإرادة المشتركة، لذلك فأهمية تفسير عقود الاستهلاك تكمن بالأساس في فسخ المجال للقضاء للتدخل ومراقبة مضمون العقد من خلال تفسيره عن طريق الكشف عن إرادة المتعاقدين وتطبيق النصوص القانونية أو الاتفاقية التطبيق السليم³، لكن هل يجب أن يقف التفسير عند صيغة العقد دون الكشف عن مضمونه؟ وهل تفسيره من طرف القضاء يظل مقيدا بوجود شروط غامضة أو يتعدى إلى غير ذلك؟ فماهي الطريقة التي ينهجها القاضي من أجل القيام بذلك؟ ومعلوم أن القاضي وهو بصدد مباشرة هذه المهمة يجد نفسه أمام إحدى حاتين: الأولى غموض عبارات العقد (الفقرة الأولى)، والثانية وضوح هذه العبارات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تفسير شروط العقد الغامضة

يقصد بالغموض هنا، حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد، فلا تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين، لتردد العقد بين عدة وجوه للتفسير، كل منها محتمل، ويتعذر ترجيح وجه على آخر، الأمر الذي يبعث على الشك المبرر للتفسير⁴، وعليه إذا كانت عبارات

¹ - الفصل 461 ق. ل. ع: "إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، امتنع البحث عن قصد صاحبها". وهو ما أكدته المجلس الأعلى (محكمة النقض) في عدة قرارات منها: القرار الصادر بتاريخ 13-02-1962 الذي ورد فيه بأنه: "يجب على القضاة تطبيق الاتفاقات المبرمة بين الأطراف، وليس لهم تغيير شروطها متى كانت واضحة بينة".

منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 48-49، ص 379.
² - سعيد عبد السلام، سلطة محكم النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، شركة الولاء للطبع والتوزيع، طبعة 1992، ص 52.

³ - الفقيه Georges Berlioz اعتمد منهجية خاصة بتأويل عقود الإذعان تميز بين التأويل الحمائي والتأويل الوظيفي. للمزيد حول هذه النقطة، انظر:

- Georges Berlioz, Le contrat d'adhésion, L.G.D.J, 2^{ème} éd, Paris, 1976, p. 124, n° 124 s.

⁴ - عبد الحكم فودة، م. س، ص 211.

العقد غير واضحة، أي يعترىها الغموض، فإنها تصبح في حاجة إلى تفسير¹ يتمكن القاضي عن طريقه من إبعاد الغموض لكي يهتدي إلى الإرادة المشتركة للعاقدين²، وتعتبر سلطة القاضي في تفسير شروط العقد من بين الوسائل المهمة التي يتمتع بها لتعديل هذه الشروط أو إلغاؤها³.

فالقاضي عندما يجد نفسه أمام عقد غامض وأنه مضطر لتأويل عباراته، عليه أن يبحث عن الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة مستعينا في ذلك بطبيعة التعامل والظروف والملايسات التي صاحبت إبرام العقد، ولا يمكنه الوقوف عند المعنى الحرفي لبنود العقد التي قد لا يحسن المتعاقدين اختيارهما بشكل يعبر فعلا عما قصدها من إبرام العقد⁴. وإعمالا لهذه القاعدة، نقض قضاء المجلس الأعلى في أحد قراراته⁵ القرار المطعون فيه تأسيسا على أن المحكمة التي أصدرته قد جردت العقد من كل أثر، والحال أنه يمكن التوفيق بين بنوده عن طريق التأويل، "فإعمال العقد خير من إهماله"⁶، وعلى المحكمة أن تقوم بتأويله وتبحث عن قصد العاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل، وذلك طبقا للقاعدة الفقهية: "العبارة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني". وعلى سبيل المثال، إذا أخذنا عقود القرض عموما والقرض العقاري بشكل خاص، نجدها تتضمن عبارات غامضة أو مبهمة يتم تحريرها من طرف المؤسسة المقرضة وفق ما يخدم مصالحها وبلغة يصعب

1 - هناك طريقتان لتفسير عبارات العقد الغامضة: طريقة التفسير الشخصي ويكون فيها القاضي خادما للعقد، وطريقة التفسير الموضوعي وهي الأنسب لمطلب حماية المستهلك.

2 - طبقا للفصل 462 ق. ل. ع:

"يكون التأويل في الحالات التالية:

1 - إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد.

2 - إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها، أو كانت لا تعبر تعبيراً كاملاً عن قصد صاحبها.

3 - إذا كان الغموض ناشئاً من مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير المقارنة الشك حول تلك البنود.

وعندما يكون للتأويل موجب، يلزم البحث عن قصد المتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل".

3 - محمد شليح، مبدأ سلطان الإرادة في قانون الالتزامات والعقود أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1983، ص 251.

4 - نزهة خلدي، م. س، ص 115.

5 - قرار رقم 752، بتاريخ 1-12-1981، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 8، مارس 1983، ص 58.

6 - مرد هذه القاعدة إلى أن أعمال المكلفين تصان عن العبث فحمل كلامهم على الجد أولى من حمله على العبث، والعمل به أولى من تركه.

- للمزيد، انظر: وثيقة البيع بين النظر والعمل، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1995، ص 346.

فهمها إلا من طرف المختصين، وتتضمن مصطلحات غالبا مات يصادفها المستهلك لأول مرة ولا يعرف معانيها¹.

وفي هذا السياق، فالقاضي بتفسيره العقد يصل إلى إحدى نتيجتين: إما أن يوفق في إجلاء الغموض عن العبارة الواضحة ويصل بالتالي إلى الإرادة المشتركة، وهذا ما هدف إليه المشرع من إعطائه آلية التفسير هاته، وإما أن يتعذر عليه الوصول إلى هذه الإرادة عندما يبقى الشك يحوم حول العبارة المستعملة في العقد. وهكذا فإن أعمال سلطة القاضي في تفسير بنود العقود الاستهلاكية الغامضة مقيدة بالبحث عن الإرادة المشتركة، ولا يستفيد المستهلك من هذه الوسيلة إلا في حالة تفسير الشك لمصلحة المدين². وقد اقسم الفقه المغربي بين من يرى أن الحالات الواردة في الفصل 462 ق. ل. ع جاءت على سبيل المثال لا الحصر³، ومن يذهب إلى أن القواعد القانونية المتعلقة بالتفسير والحالات الواردة في الفصل المذكور هي على سبيل الحصر لا المثال⁴. ونعتقد أن الاتجاه الأول هو الأقرب إلى الصواب نظرا لما يقدمه من ضمانات واسعة لتحقيق شفافية العقد الاستهلاكي من خلال سلطة واسعة للقضاء للتفسير والتأويل لمصلحة المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية⁵.

الفقرة الثانية: تفسير شروط العقد الواضحة

لقد اختلف الفقهاء حول مفهوم الشروط الواضحة، وهل يجب الأخذ بوضوح الإرادة أو الاكتفاء بوضوح العبارة؟ فبينما يذهب فريق إلى أن العبرة بوضوح الإرادة، يذهب فريق ثان إلى أن العبرة بوضوح العبارة⁶.

1 - عبد الرفيغ علوي، م. س، ص 162.

2 - وإن كان الفقيه السنهوري يرى أن قاعدة "تأويل الشك لفائدة الملتزم" ليست من قواعد التأويل، بل هي تطبق عندما يعجز القاضي عن التأويل، أي عند استحالة الوصول إلى النية المشتركة والحقيقية للمتعاقدين، فإنه يحدد الالتزام بما فيه مصلحة للملتزم. انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، م. س، ص 939.

3 - العربي محمد مياد، م. س، ص 487.

4 - محمد شيلح، م. س، ص 18.

5 - لكن المادة 17 ق. ح. م أوردت بعض الاستثناءات وهي: تحديد المحل الأساسي من العقد، ملائمة السعر للسلعة المباعة أو الأجرة للخدمة المقدمة ما دامت الشروط محررة بصورة واضحة ومفهومة.

6 - محمد شيلح، تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود، م. س، ص 334.

فالأصل في العقد الواضح أنه لا يحتاج إلى تفسير، لأنه يشتمل عبارات واضحة في دلالاتها وصريحة في قصد العاقدين، إذ يتعين الأخذ بالمعنى الظاهر للعبارات التي يفترض أنها مطابقة للنية المشتركة للطرفين. فقد جاء في الفصل 461 ق. ل. ع أنه "إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، امتنع البحث عن قصد صاحبها"، كما ورد في الفصل 466 من نفس القانون "يلزم فهم الألفاظ المستعملة حسب معناها الحقيقي ومدلولها المعتاد في مكان إبرام العقد، إلا إذا ثبت أنه قصد استعمالها في معنى خاص. وإذا كان للفظ معنى اصطلاحى، افترض أنه استعمل فيه"¹، كما نص الفصل 21 من ذات القانون على أن: "التحفظات والقيود التي لم تنه إلى علم الطرف الآخر لا تنقص ولا تقيد آثار التعبير عن الإرادة المستفادة من ظاهر اللفظ". وذلك ما أكدته المجلس الأعلى في قراره الذي جاء فيه: "إن قضاة الموضوع مكلفون بتطبيق الاتفاقيات المبرمة وليس من الجائز لهم تغييرها متى كانت شروطها واضحة وبينة"².

ويرى غالبية الفقه أيضا أنه يقصد بشروط العقد الواضحة "تلك العبارات التي تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين"، وتجد سندها في أن العبرة بوضوح الإرادة لا بوضوح العبارة، لذلك متى كانت العبارة الواضحة لا تعبر عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين يمكن للقاضي تأويلها وتفسيرها، فلا مجال للحديث عن تأويل واضح الدلالة إذا كانت ألفاظ العقد صريحة. ذلك هو بالمبدأ الذي قرره المشرع في الفصل 461 ق. ل. ع. والفقه المعاصر ومنه، د. عبد الرزاق السنهوري يرى أنه في بعض الأحيان يجد القاضي نفسه في حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة مهما بلغ وضوحها، بعلّة أن الوضوح في العبارة لا يعني وضوح الإرادة، فكون العبارة واضحة لا يعني وضوح الإرادة، ففي هذه الحالة يمكن للقاضي البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وذلك بشرطين:

¹ - مرد هذا الحكم القاعدة الأصولية المعتمدة عند فقهاء الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن "الأصل في الكلام الحقيقة"، يقول د. عبد الرحمن بلعكيد في هذا الشأن: "عند التعارض بين الحقيقة والمجاز يصير الأصل إلى الحقيقة ترجيحاً وتغليباً. وقد رأينا في حديث رسول الله (ص) "المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا" كيف ذهب الحنفية والمالكية إلى حما الافتراق على الأقوال فرد عليهم الشافعية والحنابلة بأنه يحمل على الأبدان حقيقة والأصل في الكلام الحقيقة. وعليه لو أن اللفظ كان له عدة معان باختلاف الأمكنة، فإن حمله على معنى المكان الذي أبرم فيه العقد أولى من حمله على الآخر، وحمل اللفظ على معناه الاصطلاحي أولى من حمله على غيره. وقس على ذلك". للمزيد، انظر: عبد الرحمن بلعكيد، م. س، ص 348.

² - قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد 96 بتاريخ 13 نونبر 1962، الغرفة المدنية، مجلة القضاء والقانون، العدد 49، السنة 1962، ص 397.

- اقتناعه بأن المعنى الواضح في اللفظ لا يعبر عن المعنى الذي قصده المتعاقدان.

- تعديل القاضي الحكم مع وجوب تعليل التعديل.

وباحترام هذين الشرطين يمكن للقاضي استعمال سلطته في التأويل حتى في الحالة التي تكون فيها عبارات العقد واضحة، فيمكن للقاضي بالرغم من صراحة اللفظ أن يستبعد إذا تبين له انطلاقاً من ظروف النازلة والمستندات التي يعتمد عليها في تكوين قناعة أنه لا يتلاءم مع القصد الحقيقي للمتعاقدين كما لو لاحظ بأن هذا اللفظ أضيف إلى العقد بصفة تعسفية ودون موافقة أحد أطراف العقد بشرط تعليل القرار وإلا تعرض حكمه للنقض. ويمكن استخلاص هذا الاستثناء في إطار التشريع المغربي من نص الفقرة الأولى من الفصل 462 ق. ل. ع المشار إليها في الهامش أعلاه¹. وهذا ما سار عليه القضاء المغربي حينما قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته بأن: "لمحكمة الموضوع الحق في ألا تعتبر في العقود إلا معناها، لا مبناها، وأنها حينما تقرر أن العقد المبرم بين الطرفين عقد كراء لا عقد شركة، تصحح الوضع بالنسبة للتعبير الفاسد"².

وأخيراً، لما كانت مسألة التفسير من أمور الواقع وليس القانون، فإنه أصبح طبيعياً أن تسند مهمة التأويل لقضاة الموضوع الذين لهم في إطار سلطتهم التقديرية أن يفسروا العقود المتنازع في شأنها بهدف اكتشاف النية المشتركة للمتعاقدين قصد الوصول إلى تحديد مضمون الالتزام العقدي ثم التنفيذ دون أي معوقات³. لكن ما تجدر الإشارة إليه، هو أن هذه السلطة ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة باحترام بعض الضوابط القانونية⁴ التي جعلها المشرع مقياساً لتوجيه القاضي عند إقباله على مهمة التأويل.

¹ - إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، م. س، ص 82.

² - قرار المجلس الأعلى عدد 308، بتاريخ 20-04-1966، الغرفة المدنية، مجلة القضاء والقانون، العدد 85 و86، ص 289.

³ - هند الحدوتي، تسوية منازعات عقود الاستهلاك، مقال منشور بالمجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، م. س، ص 123.

⁴ - مثل:

- احترام قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين. (الفصل 473 ق. ل. ع).

- احترام قاعدة عدم التوسع في تفسير التنازل عن الحق. (الفصل 676 ق. ل. ع).

- الاقتداء بالأعراف والعادات الجاري بها العمل في الميدانين المدني والتجاري. (الفصول 463 و466 و470 ق. ل. ع).

- عدم الانحراف عن القصد المباشر متى كان العقد واضح الدلالة.

المبحث الثاني: الآليات القضائية لتحقيق الشفافية عند تنفيذ العقد الاستهلاكي

لا يتوقف دور القاضي عند مراقبة بنود العقد الاستهلاكي في مرحلة تكوينه وانعقاده، بل يمتد إلى مرحلة التنفيذ، والتي تظهر فيها نتائج الاختلالات التي اعترت مرحلة تكوين العقد، وقد ارتأينا أن نركز على موضوعين يفرضان نفسيهما في هذه المرحلة وهما: دور القاضي في تعديل بنود العقد الاستهلاكي (المطلب الأول) ثم دوره في تكملة العقد الاستهلاكي ومستلزماته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل بنود العقد الاستهلاكي

للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على تحديد مسؤولية من يخل منهما بتنفيذ التزامه أو يتأخر في تنفيذه، والغالب أن يدرج مثل هذا الشرط في صلب العقد عند إبرامه أو في اتفاق لاحق، بشرط أن يتم هذا الاتفاق قبل وقوع الإخلال بالالتزام، وإلا فإنه لا يسمى شرطا جزائيا وإنما يكون صلحا أو تجديدا للالتزام على حسب الأحوال. فالتعويض الاتفاقي أو ما بالشرط الجزائي هو في حقيقة الأمر بند في عقد يتضمن تحديدا للجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام، وذلك بتحديد التعويض المستحق للدائن لدى المدين عن هذا الإخلال، فهو تقدير اتفاقي للتعويض مقدما¹.

لكن الواقع أبان عن استغلال المهنيين هذا الباب كمطية لفرض تعويضات مبالغ فيها، في شكل فوائد تأخيرية مرتفعة أو الجمع بينها وبين التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي). وأما هذا اللاتوازن الذي يطبع العلاقة التعاقدية بين المهني والمقترض المستهلك، يجب على القضاء أن يتدخل لفرض شفافية هذه الشروط بالشكل الذي يضمن حماية فعالة للطرف الضعيف، وذلك من خلال بسط رقابته على الفوائد التأخيرية وإرجاعها إلى الحد المسموح به قانونا (الفقرة الأولى)، وكذا مراقبة التعويض الاتفاقي عبر تعديله إن كان له سند وإلا إلغائه (الفقرة الثانية).

- إعطاء الأولوية للمبالغ المكتوبة بالحروف دون الأرقام عند حصول التعارض بينهما ما لم يثبت أن هناك غلط موجب للتصحيح. (الفصل 471 ق.ل.ع)

- التقيد بقاعدة إعمال الكلام خير من إهماله، فالعبرة التي تنتج بعض الأثر خير من تلك التي يتم تجريدتها من كل أثر، وللمحكمة واسع النظر في استخراج هذا الأثر. انظر: ذ. عبد القادر العرعاري، م.س، ص 346.

¹ - راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، 2017، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، ص 301.

الفقرة الأولى: دور القاضي في مراقبة الفوائد التأخيرية

الفوائد الاتفاقية قد تكون فوائد استثمارية¹ وقد تكون فوائد تأخيرية، وهذه الأخيرة ليست إلا تعويضا عن التأخير في الوفاء بدين، هو عبارة عن مبلغ من النقود².

ويوجب المشرع المغربي التقيد بالحدود القصوى لأسعار الفائدة، فقد جاء في نص الفصل 875 ق. ل. ع على أنه: "في الشؤون المدنية والتجارية، يحدد السعر القانوني للفوائد والحد الأقصى للفوائد الاتفاقية بمقتضى ظهير خاص". وفائدة التأخير باعتبارها فائدة اتفاقية إذا اشترطت في حدود الحد الأقصى وكانت تنطوي على مبالغة فادحة، فهي تدخل ضمن مقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل 264 ق. ل. ع، ويسوغ للقاضي أعمال سلطته في تخفيضها³.

وبخصوص سلطة القاضي في تخفيض ما زاد عن الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية المقررة للتأخير، فنجد الفصل 878 ق. ل. ع ينص على أنه: "من يستغل حاجة شخص آخر أو ضعف إدراكه أو عدم اجربته، فيجعله يرتضي من أجل الحصول إلى قرض أو لتجديد قرض قديم عند حلول أجله فوائد أو منافع أخرى تتجاوز إلى حد كبير السعر العادي للفوائد وقيمة الخدمة المؤداة وفقا لمقتضيات المكان وظروف التعامل، يمكن أن يكون محلا للمتابعة الجنائية، ويسوغ إبطال الشروط والاتفاقات المعقودة بمخالفة حكم هذا الفصل بناء على طلب الخصم، بل حتى من تلقاء نفس المحكمة، ويجوز إنقاص السعر المشترك، ويحق للمدين استرداد ما دفعه زيادة على السعر الذي تحدده المحكمة على أساس أنه دفع ما ليس مستحقا عليه⁴، وإذا تعدد الدائنون، كانوا مسؤولين على سبيل التضامن".

¹ - ويسمى ذ. السنهوري بالفوائد التعويضية، أي تعويضا عن الانتفاع برأس المال.

² - فوائد التأخير هي تعويضا عن التأخير وليس عن عدم التنفيذ، لأنه لا يمكن لا يمكن في الالتزام بدفع مبلغ من النقود، أن يتحول التنفيذ العيني إلى تنفيذ بمقابل، فالتنفيذ العيني يكون دائما مستطاعا.

³ - عبد الرزاق أبوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2003، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 161.

⁴ - جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتيفلت بتاريخ 2021-09-23 ملف رقم 2020/1201/115 أن: "للزبون الحق في استرجاع المبالغ التي طالبه البنك بها جراء ترك الحساب البنكي مفتوحا وهو يسجل حركة سلبية لأكثر من سنة.

يتضح من صياغة هذا الفصل، أن الأمر يتعلق بالفوائد الاستثمارية بدليل عبارة من أجل الحصول على قرض أو لتجديد قرض عند حلول أجله، إلا أنه لا يوجد مانع من تطبيق مقتضيات هذا الفصل على فوائد التأخير الاتفاقية، وذل للاعتبارات التالية:

- إن المشرع المغربي لم ينعت هذه الفائدة بأي وصف، لا بالفوائد الاستثمارية ولا بالتأخيرية، وعليه يجب أخذ هذا الفصل على إطلاقه طالما لا يوجد ما يقيد.

- إن اشتراط فائدة اتفاقية عن التأخير تتجاوز الحد الأقصى، يمكن أن يكون ناتجا عن استغلال الدائن لحاجة المدين أو ضعف إدراكه أو عدم تجربته من أجل الحصول على قرض، أو لتجديد قرض قديم حل أجله، مادام هذا الاشتراط يعتبر شرطا من شروط إبرام عقد القرض أو تجديده¹.

وسعيا من الأبنك المقرضة للحفاظ على مصالحها المالية، ورغبة منها لإرغام المستهلك المقترض على تنفيذ التزاماته بأفضل صورة، فإنها كثيرا ما تلجأ في جل عقودها إلى فرض فوائد تأخيرية على المستهلك. ولذلك صدرت نصوص خاصة تنظم هذا الأمر في إطار القسم السادس المخصص للاستدانة ضمن قانون تدابير حماية المستهلك 31.08. فإذا كان المشرع المغربي قد سمح للمؤسسة المقرضة، أن تفرض على المستهلك الذي يتوقف عن أداء الأقساط المستحقة والفوائد الحال أجلها وغير المؤداة، فوائد تأخيرية لا يجب أن تتعدى 4% من رأس المال المتبقي المستحق في القروض الاستهلاكية طبقا للمادة 104 من القانون 31.08²، و 2 % من رأس المال المتبقي المستحق في القروض العقارية وفقا للمادة 133 من نفس القانون³، فإن الواقع العملي يؤكد بوضوح أن الابنك لا تحترم هذه المقتضيات التشريعية، حيث تسعى

1 - عبد الرزاق أيوب، م. س، ص 164.

2 - المادة 104 ق. ح. م: "في حالة توقف المقترض عن الأداء، يمكن للمقرض أن يطالب بالتسديد الفوري لرأس المال المتبقي المستحق بإضافة الفوائد الحال أجلها وغير المؤداة، وتترتب على المبالغ المتبقية المستحقة إلى تاريخ التسديد الفعلي فوائد عن التأخير يحدد سعرها الأقصى بنص تنظيمي على ألا تتعدى 4% من رأس المال المتبقي".

3 المادة 133 ق. ح. م: "في حالة توقف المقترض عن الأداء وعندما لا يطالب المقرض بالتسديد الفوري لرأس المال المتبقي المستحق، فإن المقرض لا يجوز له أن يرفع من سعر الفائدة الواجب على المقرض أدائه إلى أن يستأنف التسديد العادي للأقساط التعاقدية المستحقة.

إذا اضطر المقرض لطلب فسخ العقد، جاز له أن يطالب المتوقف عن الأداء بالتسديد الفوري لرأس المال المتبقي المستحق بإضافة الفوائد الحال أجلها وغير المؤداة وتترتب عن المبالغ إلى تاريخ التسديد الفعلي فوائد عن التأخير على ألا يتجاوز سعرها الأقصى 2% من رأس المال المتبقي المستحق".

في كثير من الحالات إلى فرض فوائد تأخيرية مبالغ فيها وتجاوز بكثير الحد الأقصى المحدد قانوناً بل وجمعها مع أنواع أخرى من الغرامات والمصاريف¹.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقرة الأولى من المادة 111 ق. ح. م، تلزم المهني المقرض بإقامة دعوى المطالبة بالأداء أمام المحكمة التابع لها موطن أو محل المقرض خلال السنتين الموالتين للحدث الذي أدى إلى إقامتها تحت طائلة سقوط حق المطالبة بفوائد التأخير. وهذا الأجل هو أجل سقوط يمكن للمحكمة أن تثيره تلقائياً. كما أن تنصيص المادة 115 ق. ح. م على أن أحكام القسم السادس المتعلق بالاستدانة يدخل ضمن النظام العام من شأنه مساعدة القاضي على التدخل لمراقبة الفوائد التأخيرية بشكل تلقائي وهو ما يوفر حماية فعالة للمستهلك المقرض.

وهكذا فقد قضت المحكمة التجارية بمكناس في حكم لها² بما يلي: "وحيث إن الطلب المتعلق بسريان الفوائد لا يستجاب له إلا في حدود 4% من رأس المال المتبقي هو 66.664.75 درهماً ابتداء من تاريخ الطلب، وذلك تطبيقاً للمادة 104 أعلاه التي لا تجيز في جميع الأحوال أن تتعدى الفوائد عن التأخير المترتبة عن المبالغ المتبقية إلى تاريخ التسديد الفعلي النسبة المذكورة بخصوص القروض الاستهلاكية".

أما بخصوص القروض العقارية، فقد ذهبت نفس المحكمة في حكم آخر لها³ إلى أنه: "وحيث لا يحق للمقرض تبعا للمادة 133 من قانون 31.08 أن يطالب سوى بالتسديد الفوري لرأس المال المتبقي من القروض في كشف حسابها المرفق بالمقال في مبلغ 395.526.27 درهماً هو في غير الحالة (من 2014-08-31 إلى آخر قسط) لاستخراج مبلغ الرأسمال المتبقي وهو 178.499.45 درهماً يضاف إليه مبلغ الأقساط غير المؤداة والرصيد المدين للحساب مع خصم المبالغ المؤداة أي ما قدره 146.591.38 درهماً. وحيث لم يدل المدعى عليه إبراء ذمته

¹ - عبد السلام الهوى، م. س، ص 110.

² - حكم المحكمة التجارية بمكناس، رقم 1552، ملف رقم 1465-15-2015، بتاريخ 2015-12-17.

- حكم آخر لنفس المحكمة، رقم 298، ملف رقم 1441-15-8210، بتاريخ 2016-03-03.

³ - حكم المحكمة التجارية بمكناس، رقم 1553، ملف رقم 1467-15-8210، بتاريخ 2015-12-17.

بما يفيد أداء هذا المبلغ، مما يبرر الحكم عليه بأدائه لفائدة البنك المدعي. وحيث إنه بالنظر لتعلق الدين بأفراط قرض عقاري غير مؤداة، فإن الطلب المتعلق بسريان الفوائد عموماً لا يمكن أن يستجاب له إلا في حدود نسبة 2% من مبلغ الدين المحكوم به ابتداء من تاريخ الطلب، وذلك تطبيقاً للمادة 133 أعلاه التي لا تجيز في جميع الأحوال أن تتعدى الفوائد التأخيرية على المبالغ المتبقية إلى تاريخ التسديد الفعلي بالنسبة المذكورة بخصوص القروض العقارية".

وفي حكم صادر عن المحكمة التجارية بطنجة بتاريخ 2005/12/27¹، اعتبرت فيه أن البند الذي ينص على أنه في حالة إرجاع المدعى عليه المنقولات موضوع العقد في تاريخ معين، سيكون ملزماً بأداء مبلغ معين يحتسب يومياً كبديل كراء، على أن هذا البند لا يتعلق بكراء منقولات لانتفاء المنفعة بالمنقول، وكذا لا يقوم على عقد كراء للأبد. وكيفت البند على أنه شرط جزائي عن التأخير في إرجاع تلك المنقولات، ومن ثم قامت عملاً بالفصل 264 ق. ل. ع بتخفيض مبلغ التعويض عن هذا التأخير إلى الحد المعقول بالنظر إلى أن التأخير في إرجاع المنقولات كان بسبب نزاع دار بين الطرفين وبسبب تعمد المدعي التأخير في المطالبة، وذلك بهدف تضخيم التعويض، وبالنظر أيضاً إلى قيمة تلك المنقولات في حد ذاتها.

من خلال مثل هذه الأحكام تتأكد حاجة المقرض المستهلك خاصة، لتدخل القضاء للحد من تعسفات الأبنك المقرضة التي غالباً ما لا تعير المقتضيات القانونية أي اعتبار، مدفوعة في ذلك بالرغبة في مراكمة الأرباح ومنافسة باقي المؤسسات التمويلية الأخرى حول حصتها من السوق. لكن سلطة القضاء هاته لا تتوقف عند ضبط الفوائد التأخيرية، وإنما تتجاوزها إلى الرقابة على التعويضات الاتفاقية.

¹ - حكم رقم 1331، ملف رقم 822، بتاريخ 2005/12/27.

الفقرة الثانية: دور القاضي في مراجعة التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

الأصل أن تقرير التعويض هو من اختصاص قاضي الموضوع، إلا أنه استثناء يمكن للمتعاقدین الاتفاق على تقرير التعويض مسبقا في حالة عدم قيام أحدهما بتنفيذ التزاماته أو التأخر في تنفيذها وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي الذي يوطره الفصل 264 ق. ل. ع¹.

وقد اختلف الفقه حول مدلول الشرط الجزائي إلا أن ذ. فؤاد معلال عرفه بأنه عبارة عن: "تقرير اتفاقي وجزائي لتعويض يقدر بواسطته طرفا العقد مقدما التعويض الذي يستحقه أحدهما عن الضرر الذي لحقه نتيجة عدم تنفيذ الطرف الآخر للالتزام إما كلا أو بعضا أو لتأخره في تنفيذه"²، وهو ما يعني أن الأصل هو احترام المتعاقدين لمضمون العقد وكل طرف لالتزاماته العقدية. في حين عرفه DENIS MAZEAUD أنه: "ذلك الشرط الوارد في العقد والذي يقدر بموجبه المتعاقدان - مسبقا وبطريقة جزائية - التعويض المستحق في حالة إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه التعاقدی. فهو بمثابة تقدير اتفاقي للتعويض، ويكون القصد منه غالبا استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض، والتخلص من عبء إثبات الضرر الذي يتوقف عليه استحقاق التعويض"³.

وهو ما يتفق مع ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قرار له جاء فيه: "إن الغرامة التهديدية المتداول تسميتها بالشرط الجزائي هو اتفاق مسبق على التعويض عن الأضرار التي تلحق الدائن عن عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو عن التأخير في تنفيذه"⁴. ولما كان اهتمام كل من المؤسسة المقرضة والمستهلك ينصب أثناء إبرام العقد الاستهلاكي على تنفيذ

¹ - تقابله المادة 184 من القانون المدني الجزائري، والمواد 224 و 225 من القانون المدني المصري، والمواد 1226 إلى 1232 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 343 من القانون المدني الألماني.

² - فؤاد معلال، الشرط الجزائي في القانون المغربي، أطروحة دكتوراه الدولة، كلية الحقوق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، الموسم الجامعي 1992-1993، ص 3.

- سعيد الدغيمر، تنفيذ الالتزام بمقابل أو بطريقة التعويض قضائيا في التشريع المدني المغربي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1982، ص 429.

- محمد عبدوسي، التعويض الاتفاقي في التشريع المغربي، قراءة في القانون رقم 27.95، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، كلية الحقوق أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية: 1998-1999، ص 9.

³ - MAZEAUD (D), La notion de clause pénale, L.G.D.J., Tome 223, 1992, p. 10 et s.

⁴ - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2007/05/23، عدد 605، ملف تجاري عدد 67/03/07، منشور بمجلة المحاكم، عدد 2، ص 82.

كل واحد منهما لالتزاماته المترتبة عن العقد، فإن عملية التنفيذ غير مضمونة النتائج حيث قد يتوقف المستهلك عن أداء التزاماته كلها أو بعضها، الأمر الذي يدفع المهني إلى إدراج بنود تتعلق بتحميل المستهلك فوائد عن التأخير والغرامة الاتفاقية... وغير ذلك من الجزاءات والتعويضات المبالغ فيها تحت اسم التعويض الاتفاقي أو ما يسمى بالشرط الجزائي¹.

وبالرجوع للفقرة الأخيرة من الفصل 264 ق. ل. ع²، يمكن القول بأن الشرط الجزائي قد يكون مبالغاً فيه مقارنة مع مقدار الضرر الذي مس الدائن، أو زهيدا بشكل لا يتناسب أيضا مع الضرر الذي شمل هذا الأخير³. ويرجع التقدير هنا لسلطة المحكمة حسب وقائع كل نازلة على حدة، وفي هذا الصدد صدر قرار عن المجلس الأعلى جاء فيه: "إن إمكانية التخفيض من التعويض الاتفاقي إذا كان مبالغاً فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، موكل للمحكمة من خلال الثابت لديها من وجود تناسب من عدمه بين الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام والتعويض المتفق عليه من أجل جبر الضرر المذكور في سلطتها التقديرية، والحاجة إلى تقديم طلب من الدائن أو المدين بذلك"⁴. وجاء في قرار لمحكمة الاستئناف بفاس، أن: "الشرط الجزائي المتمسك به يجب أن يكون مناسبا للضرر الذي لحق المستأنف عليها من جراء عدم تنفيذ المستأنف لالتزاماته، وبعد تعيين الخبرة أثبتت أن القيمة الكرائية لو فرضنا أن الشقة تامة البناء والتجهيز هي 800 درهم، مما يستوجب تخفيض الشرط الجزائي من 1500 درهم إلى 800 درهم..."⁵. إلا أن هذا القرار تعرض للنقض من طرف المجلس الأعلى بعلّة أن المحكمة غيرت مضمون العقد المبرم بين الطرفين وخرقت مقتضيات الفصل 230 ق. ل. ع⁶. وقد عمل القضاء أحيانا على إبطال الشرط الجزائي وليس التخفيض منه فقط في عقود القرض، حيث قضت محكمة الاستئناف بالرباط بأن "الشرط الجزائي الذي يمنح بمقتضاه للمقرض

2 - الذي تم تعديله وتنظيمه بمقتضى القانون رقم 27-95، ج. ر عدد 4323 بتاريخ 6 شتنبر 1985، ص 602.

3 - نتيجة للتسليم بمبدأ سلطان الإرادة وما يترتب عن الأخذ به من التزام الأطراف بالقوة الملزمة للعقد، فإنه ليس تحقق الضرر هو الذي يجعل الشرط الجزائي مستحقا، وإنما عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه أو تأخره في التنفيذ.

- Carbonnier (J), Droit civil, Tome 4, les obligations, P.U.F, 1979, p. 291.

4 - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2011/10/02، عدد 99، ملف عدد 09/3/1247، منشور بمجلة القضاء التجاري، عدد 1، ص 185.

5 - قرار محكمة الاستئناف بفاس، بتاريخ 18-12-1989 في الملف عدد 86/1853.

6 - قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، عدد 116، بتاريخ 15-02-1996، ملف عدد 91/1370.

تعويض يومي عن كل يوم تأخير حالة عدم تسديد أصل الدين في الأجل المتفق عليه، يتعارض مع تحديد سعر الفوائد المنصوص عليه قانونا ويجب التصريح ببطلانه وبطلان أثره¹.

فالممارسة العملية أثبتت بوضوح سوء استخدام المتعاقدين لهذا النظام القانوني بشكل يمس بمبدأ العدالة التعاقدية تنفيذ الالتزام بحسن نية²... وأما هذا الوضع كان لابد من تدخل المشرع لوضع قوانين تسمح للقاضي باستعمال سلطته في مراقبة مدى تناسب التعويض الاتفاقي مع الضرر الحاصل للدائن. هذا التدخل التشريعي حصل من خلال الفقرة الثانية من المادة 132 من ق. ح. م وكذا الفقرة الأولى من المادة 106 من نفس القانون، اللذان أحال فيهما المشرع المغربي على المادة 264 ق. ل. ع التي تعطي للمحكمة الحق في تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه أو الرفع منه إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي. وتجدر الإشارة إلى أن السلطة الممنوحة للقاضي لمراجعة الشرط الجزائي تقتصر فقط على قضاة الموضوع، وهي محددة بشكل دقيق بمقتضى القانون³.

وكان اتجاه فقهي يمثله ذ. (J) CARBONNIER يرى بأن سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي تتوقف عند ضرورة تحديده بمبلغ يفوق الضرر، وذلك على أساس أن المادة 1152 تجيز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي لا إبطاله كليا، لأن قيام القاضي بتخفيضه إلى حدود الضرر يعني إلغاء الشرط الجزائي وإحلال للتعويض محله⁴. غير محكمة النقض الفرنسية لم تسر في هذا الاتجاه، بل اعترفت لقضاة الموضوع بحرية تحديد مبلغ التعويض

¹ - قرار رقم 4575، بتاريخ 8-12-1953، أشار إليه العربي محمد مياذ، م. س، ص 466.

- Civ. 1^{ère}, 24 juin 1981, JCP 1982, éd. G, II, 19713, note M. Vasseur, D. 1982, 397, note M. Boizard : Arrêt de principe qui prévoit que le prêt conclu sans indication écrite du TEG n'entraîne pas la nullité du contrat mais seulement celle de la stipulation d'intérêt et applique alors le taux légal. in : Laurence FIN- Langer, L'équilibre contractuel, L.G.D.J, Tome 366, Paris, 2002, p. 375.

² - عبد الرزاق أيوب، القراءة الأخلاقية لتعديل الفصل 264 من ق. ل. ع، مجلة المناهج، العدد 5 و6، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2004، ص 71.

³ - عبد السلام الهوى، م. س، ص 120.

⁴ - Civ. 1^{ère}, 24 juillet 1978 : D. 1979. IR. P. 151, obs. Landraud (D).

المرتتب عن تطبيق الشرط الجزائي إذا رأوا أنه مغالى فيه، دون أن يجوز لهم منح مبلغ أقل من مقدار الضرر، بل ويترتب عن ذلك حرمان الدائن من كل تعويض إذا لم يصبه أي ضرر¹.

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 106 ق. ح. م المشار إليها نجدها تنص أنه "دون الإخلال بتطبيق أحكام الفقرة 3 من الفصل 264 ق. ل. ع²، يحق للمقرض في حالة عدم تنفيذ المقترض لعقد إيجار مقرون بوعده بالبيع أو عقد إيجار مفضي إلى البيع أو عقد إيجار مع خيار الشراء، أن يطالب علاوة على استرداد السلعة ودفع الأكرية المستحقة وغير المؤداة، بتعويض يحسب بالنظر إلى المدة المتبقية من العقد، ويساوي الفرق بين القيمة المتبقية للسلعة كما هو منصوص عليها في العقد بإضافة القيمة المعنية في تاريخ فسخ العقد لمبلغ الأكرية غير الحال أجلها من جهة، وبين القيمة التجارية للسلعة المستردة من جهة أخرى. ويتضح من خلال هذه المادة أن عقد الإيجار المقرون بوعده بالبيع أو مع خيار الشراء أو المفضي إلى البيع، يرتب على عاتق المستهلك الالتزام بتنفيذه في الأجل المحدد لذلك، لكن قد يقع أن لا يفي المستهلك بالتزامه مما قد يلحق ضررا بالمهني، وفي هذه الحالة سمح المشرع للمقرض أن يطالب بالإضافة إلى استرجاع السلعة ودفع الأكرية المستحقة وغير المؤداة، بتعويض عن الضرر حسب المدة المتبقية من العقد، إلا أنه في حالة وقوع نزاع بين المهني والمستهلك حول هذا التعويض فإن القضاء يتدخل لمراقبة هذا التعويض مع الضرر الحاصل للمهني جراء عدم التنفيذ، وذلك استنادا للفقرة 3 من الفصل 264 ق. ل. ع.

وإذا كانت أغلب الحالات المعروضة على القضاء تكون بسبب عدم تنفيذ المستهلك لالتزامه نتيجة صعوبات مالية يواجهها وبالتالي عجزه عن سداد ديونه، فإنه في المقابل قد تتحسن وضعيته المالية فيرغب في الأداء المسبق للقرض، وهو الأمر الذي لا تحبذه المؤسسات المقرضة لكونه يفوت عليها فوائد كانت ستجنحها من الأقساط المتبقية، وبالتالي تعتبره أيضا إخلالا من طرف المقترض المستهلك بالتزامه، وتفرض عليه تعويضا جزافيا لثنيه عن تلك الخطوة. وهنا يتدخل المشرع من خلال المادة 132 من ق. ح. م، التي قررت أنه "يجوز

¹ - Com. 16 juillet 1991 : D. 1991. J. P. 365, note Mazeaud (D).

² - الفقرة 3 من الفصل 264 ق. ل. ع: "يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغيا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا. ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي. يقع باطلا كل شرط يخالف ذلك".

للمقترض بمبادرة منه أن يقوم في أي وقت بالتسديد المبكر الكلي أو الجزئي أو بعض القروض الخاضعة لأحكام الفروع من 1 إلى 3 من هذا الباب، ويمكن أن يمنع عقد القرض تسديدا يساوي أو يقل عن عشرة في المائة من مبلغ القرض الأولي ما عدا إذا تعلق الأمر بالمتبقي منه. وإذا كان عقد القرض يتضمن شرطا يخول للمقترض في حالة التسديد المبكر الحق في المطالبة بتعويض عن الفوائد غير الحال أجلها، فإن هذا التعويض المحدد بنص تنظيمي لا يمكن أن يتجاوز 2% من رأس المال المتبقي، وذلك دون الإخلال بتطبيق الفقرة 3 من الفصل 264 ق. ل. ع". فالقاضي إذن يمتلك سلطة التدخل لتعديل مقدار التعويض المتفق عليه في حالة قيام المقترض بالتسديد المبكر لمبلغ القرض العقاري متى كان التعويض باهظا ومبالغا فيه، حيث يملك القاضي صلاحية تخفيضه إلى القدر الذي يراه مناسباً لتغطية الأضرار التي لحقت بالبنك من جراء التسديد المبكر في حدود 2% من رأس المال المتبقي، كما يمكنه أن يزيد من قيمة هذا التعويض إذا كان زهيدا¹.

وفي هذا السياق، يرى ذ. أحمد كويسي²، أن وظيفة الشرط الجزائي ووظيفة تعويضية على خلاف ما يذهب إليه كثير من الفقهاء من أن الشرط الجزائي له أيضا وظيفة تهديدية³، ذلك لأن القول بأن للشرط الجزائي وظيفة تهديدية لا يعطي للقاضي سلطة في تعديله إلا إذا كان مبالغا فيه⁴، وهذا ما دفع ذ. Denis Mazeaud إلى توجيه نقد لاذع لقرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 16 يوليوز 1991، عندما قضت برفض طلب النقض الموجه ضد القرار الاستئنافي الذي حكم بإلغاء الشرط الجزائي، لأن المدعي لم يلحقه أي ضرر من جراء فسخ العقد. فإذا كان القرار موضوع تعليق Mazeaud يخص العلاقة بين المهنيين، فإن تطبيقه يكون أولى في العلاقة بين المهني والمستهلك (المقترض) تأسيسا على المادة 1-132 L من قانون الاستهلاك الفرنسي، التي تقضي بأن الشرط الجزائي التعسفي يعتبر كأن لم يكن.

1 - عبد السلام الهوى، م. س، ص 123.

2 - أحمد كويسي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان، م. س، ص 45.

3 - François Chabas, La réforme de la clause pénale, D. 1976, chron. 229.

4 - إلشروط المبالغ فيه هو: "تجاوز التعويض الاتفاقي مقدار الضرر بشكل يظهر معه للمحكمة أن الدائن إنما يريد الإثراء على حساب المدين، وعلى هذا الأخير أن يثبت أن هذا التعويض قد تجاوز حجم الضرر الحاصل للدائن، وعلى المحكمة أن تأخذ بالأحوال وأن تقدر الظروف بحسب قدرتها كما في حالة الخطأ الجسيم المرتكب من قبل المدين أو تدليسه". انظر: سعيد النواوي، حقيقة الشرط الجزائي في القانون المغربي، مجلة المناهج، م. س، ص 196.

وعليه، فإن المقرض لا يستحق أي تعويض بموجب الشرط الجزائي ما لم يثبت الضرر الذي لحقه. وحتى لا يصبح الشرط الجزائي وسيلة من وسائل أكل أموال الناس بالباطل تدخل القضاء الذي تحذوه رغبة تحقيق العدالة بين الأطراف من أجل إلغاء الشروط الجزائية رافضا الجمع بينها وبين الفوائد التأخيرية¹، ذلك أن صور التعويض هاته تهدف إلى جبر الضرر الذي لحق الدائن، لذلك فإنه لا يجب الجمع بينها لأن غايتها واحدة، فالضرر لا يمكن تعويضه مرتين.

وهكذا يتبين أن صور الشرط الجزائي التي عرضنا لها غير نافذة في مواجهة المقرض، وتظهر تعسف الطرف القوي وسوء نيته لا سيما بالنسبة لحالات الفسخ التي يستقل بتقديرها المقرض. ومن هنا فإن سلطة القاضي تتراوح بين تعديل الشرط الجزائي أو إلغائه حسب كل قضية وملابساتها². لكن دور القضاء لا يقف عندما ذكرناه لحد الآن، بل يمتد لتكملة العقد لتجاوز النقائص التي قد تعتريه، وهو ما سنتطرق له في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: تكملة العقد ومستلزماته

يقصد بالتكميل والإكمال في اللغة الإتمام والتمام، وقد جاء في "لسان العرب" لجمال الدين بن منظور أن الكمال تعني التمام الذي تجزأ منه أجزاءه، وتكامل الشيء وأكملته أنا أي أجملته وأتممته. وأكملة هو واستكملة وكمله: أتمه وجمله، والتكميل والإكمال: التمام. وعليه فإن تكميل العقد لغة إتمامه وإجماله.

ويعرف الفقه تكميل العقد على أنه: "تأويل لإرادة المتعاقدين وذلك بإكمال التعبير التعاقدية، وهو الإرادة الظاهرة بما تتضمنه الإرادة الباطنة لهما المتجهة إلى القانون والعرف وما تقتضيه العدالة، وفقا لطبيعة العقد"³، بينما يعرفه البعض الآخر بأنه: "قيام القاضي بإضافة البنود التفصيلية الناقصة إلى العقد، مسترشدا بعدة عوامل حددها المشرع، وهي القواعد

1 - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 17-01-2006، تحت رقم 2006/235.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 09-01-2007، تحت رقم 2007/109. جاء فيه: "اعتبارا لما هو مسطر أعلاه يكون ما تمسكت به الطاعنة من طلبات (المطالبة بالفوائد التأخيرية والشرط الجزائي) مردودة على حالتها، لأنه لا يمكن أن يعوض عن ضرر مرتين". أورده: ذ. كويسي، م. س، ص 46.

2 - ذ. أحمد كويسي، م. س، ص 47.

3 - خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2012، ص 51.

القانونية والعرف والقواعد المستمدة من مبادئ العدالة بحسب طبيعة الالتزام¹، على أن يكون ذلك في إطار النسق العام لهيكل العقد. وبصيغة أخرى أن هناك عقداً اشتمل على العناصر الجوهرية اللازمة لانعقاده ولم يشتمل على العناصر التفصيلية أو الثانوية كجزء من التعبير عن الإرادة، فالتكميل إذن هو إضافة الجزء الناقص إليه، فإذا كانت إضافة هذا الجزء قد تمت عن طريق الاتفاق بين الطرفين المتعاقدين فإن طبيعة التكميل تأخذ حكم طبيعة الاتفاق، فالعقد عبارة عن توافق إرادتي طرفين أو أكثر وكذلك يكون التكميل الاتفاقي أيضاً، ولكن حين يقوم القاضي بتكميل العقد وسد النقص فيه فإن الأمر يكون مختلفاً، فهل يكون للتكميل الطبيعة نفسها للعقد، أم طبيعة أخرى مختلفة؟ ومن هنا اختلف الفقهاء في تعريفهم للتكميل، فمنهم من يرى أنه ذو طبيعة ذاتية ومنهم من يكد على طبيعته الموضوعية².

وقد انتبه الفقيه الفرنسي Marcel Planiol إلى فكرة "النقص في تنظيم العقد"، حيث ذكر بأن مهمة المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي³ هي تحديد مضمون العقد، باعتبار أن الواقع العملي يفرض صعوبات حقيقية ليس من زاوية فهم البنود العقدية وتفسيرها، ولكن من منظور ما لم يعبر عنه أطراف العقد التعبير الكافي. ومن ثم يكون العقد بصدد نقص ويحتاج إلى تكميله من قبل القضاء. أما بالنسبة للأنظمة المبنية على القانون العام Common law فمضمون العقد في الفقه الأنجلوسكسوني يعود إلى البنود التعاقدية التي يتضمنها العقد والتي اتفق عليها الطرفان المتعاقدان، وهذه البنود قد تكون صريحة أو ضمنية⁴.

وبغية تحقيق الهدف الذي يسعى إليه تحقيقه المشرع وهو تطور القانون وعدم جموده ومواكبته للتطورات التي تحصل في المجتمع، أثقل كاهل القاضي بأعباء كبيرة لا تقف عند حد التطبيق القانوني على النزاع المعروض أمامه، بل تعدى الأمر إلى محاولة التدخل في وضع العقد من خلال منحه سلطة تكملة العقد وإضافة بنود جديدة إليه بالرغم من إرادة الطرفين

1 - سحر البكاشي، م. س، ص 104.

2 - للمزيد حول الطبيعة الذاتية والموضوعية "لتكميل العقد"، انظر:

- خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2012، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 40 وما يليها.

3 - Abrogé le 1^{er} octobre 2016 par l'article 1194 : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ».

المتعاقدين، ومنحه سلطة لا تقل أهمية عن تكملة العقد وهي سلطة تعديل العقد. هذه السلطة الممنوحة للقاضي هي في غاية الأهمية وذلك لأنها تمس قاعدة فقهية مهمة وهي أن "العقد شريعة المتعاقدين" وتمس مبدأ مهما في مجال العلاقات القانونية ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد. والهدف الأساسي الذي جعل المشرع يمنح القاضي مثل هذه السلطات الواسعة هو سد الثغرات التي ترافق التشريع، لأن القانون يضبط علاقات اجتماعية متطورة تعنى بتنظيم الجراء على مخالفة القاعدة القانونية؟ أما القاضي فيعمل على إحداث الملاءمة بين ثبات القاعدة القانونية وتطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية¹.

وعلى ذلك فالمشرع قد أناط مهمة التطوير الجزئي بالقضاة ولم يقف بهم عند حد معرفة القانون، ولتسهيل المهمة لهم عمل على منحهم حرية البحث في مدى ملاءمة القانون ذاته وهي وظيفة تتجاوز دورهم التقليدي المتمثل في تطبيق القانون على الواقعة المعروضة أمامهم وتكاد تصل بهم إلى حد الإسهام الجزئي في صنع القانون أو على الأقل في سد ثغرات القانون وهذا أقصى ما يمكن أن يصل إليه القاضي في مهمته بغية تحقيق الشفافية وبالتالي العدالة.

المادة 231 ق. ل. ع تنص على أن الالتزام لا ينصب على ما تم التصريح به فقط بل أيضا بكل ملحقاته التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف. وهي بذلك تشير إلى دور القاضي في تكملة بنود العقد الذي لم يتفق فيه المتعاقدان إلا على بعض المسائل تاركين الاتفاق على النقاط التفصيلية لوقت لاحق، ولم يضمننا عقدهما شرطا يقضي بعدم انعقاده في حالة عدم الاتفاق على تلك التفاصيل.

فالعقد في مثل هذه الحالة لا يعتبر عقدا موقوفا على اتفاق المتعاقدين على المسائل التفصيلية، وإنما اعتبره المشرع المغربي عقدا كاملا وناظرا كباقي العقود الصحيحة الأخرى. أما في حالة حصول خلاف بين المتعاقدين على المسائل الثانوية في العقد والتي لم تكن محل اتفاق وبحث وقت توقيع العقد، هنا يتدخل القاضي ليكمل إرادة المتعاقدين، ويكمل بنود العقد

¹ - وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، 1955، ص 121.

بحسب طبيعة الموضوع وأحكام القانون والعرف والعدالة¹، وبما أن هذا التدخل قد يشوبه عيب التحريف²، فقاضي الموضوع يكون تحت رقابة محكمة النقض لأن تحديد نطاق العقد ومستلزماته يدخل ضمن مسائل القانون³.

وبالتالي فتكميل العقد ما هو إلا تفسير لإرادة المتعاقدين من خلال إكمال التعبير التعاقدية وهو الإرادة الظاهرة بما تتضمنه الإرادة الباطنة لهما المتجهة إلى القانون والعرف وما تقتضيه العدالة وفقاً لطبيعة العقد⁴. أي ذلك العمل الذي يلقي على كاهل القاضي بغية سد نقص حاصل في العقد، والقاضي بعمله هذا ينزل منزلة المتعاقدين فيشارك في صنع العقد ويعتبر عمله ملزماً لكلا المتعاقدين. أما الحكمة من ذلك، فهي أن المشرع أراد إناطة تطوير القانون في بعض الحالات برجال القضاء وهو أمر محمود رغم محدودية نطاقه، لأنها دليل على أن القانون الوضعي غير مستقر في بعض مجالاته. لأن الظاهرة القانونية التي تمس هذه المجالات ليست مستقرة سواء من حيث أشخاصها أو موضوعها أو العلاقة بينهما أو متطلبات الحماية. وحتى لا يفضي ذلك إلى تطور القانون تطوراً عشوائياً، فأن المشرع أناط سد الثغرات هنا بالقضاة أنفسهم. وعليه، فسنطرق للوسائل التي يعتمد عليها القاضي في مهمته لتكميل العقد، وهي القانون والعرف (الفقرة الأولى)، ثم العدالة والإنصاف (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: القانون والعرف

للطرفين المتعاقدين كل الحرية في تحديد نوع التزام كل منهما ومداه من خلال حريتهما في تحديد مضمون العقد باختيار البنود والشروط التي يرضونها ولا يحد من هذه الحرية إلا النظام العام والآداب العامة، وما يضعه المشرع من نصوص أمرة⁵ التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، ويطبقها القاضي حتى مع وجود هذا الاتفاق، وبالتالي فكل اتفاق يرد

1 - راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة، منشورات زين اللبنانية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2017، ص 46.

2 - خاصة التحريف المادي la dénaturation par adjonction ويقصد به قيان قاضي الموضوع بإضافة بنود غير سليمة إلى شروط العقد، وأن يحمل هذا اللفظ المضاف حالة جديدة لا يشملها البند العقدي.

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، م. س، ص 695.

4 - خالد عبد حسين الحديثي، م. س، ص 51.

5 - النصوص الأمرة من القانون الخاص هي إما نصوص من النظام العام، أو نصوص لحماية المنفعة الخاصة. للمزيد، انظر: إدريس العلوي العبدلاوي، نظرية العقد، الطبعة الأولى. مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1996، ص 459.

خلافها يعد باطلا لتعلقها بالنظام العام¹، فالمشرع يملك السيطرة على العقود حتى لا تكون أداة بين الأفراد للإخلال بالأمن الاجتماعي². أما النصوص المكتملة فيلجأ إليها القاضي لتكملة العقد، وهي قواعد وضعها المشرع عند تنظيمه للعقود التي يبرمها الأفراد، حيث تعد جزءا منها لكنها غير ملزمة للمتعاقدين، إذ يجوز لهما الاتفاق على استبعادها، ومثاله المادة 862 ق. ل. ع التي جاء فيها " يكون المقترض ضامنا للشئ المقترض، ابتداء من وقت تمام العقد ولو قبل تسليمه إياه، ما لم يشترط غير ذلك". والمادة 868 ق. ل. ع التي نصت أنه "على المقترض أن يرد الأشياء المقترضة في نفس مكان انعقاد القرض ما لم يتفق على غير ذلك".

ولقد كان للقضاء الفرنسي السابق في هذا المضمار، حيث أضاف العديد من الالتزامات لعل من أبرزها الالتزام بالسلامة الذي فرض على عاتق الناقل في عقد نقل الأشخاص، وسار القضاء المصري على نفس المنوال حين قضى بأن "...وعند انعدام النص الصريح في عقد النقل على ضمان الناقل للراكب الذي يتعهد بنقله، يعتبر الناقل مسؤولا مسؤولية تعاقدية على أساس اشتغال هذا العقد على التزام ضمني من جانبه بإيصال المسافر سالما إلى الجهة التي يتعهد بنقله إليها، ولا شبهة أن من بين الالتزامات التي يشتمل عليها العقد التزام الناقل ضمنا بسلامة الراكب أثناء النقل إلى الجهة المتعاقد على النقل إليها، لأن مثل هذا الالتزام هو أول مميزات هذا النوع من التعاقد"³.

أما **العرف**⁴ فهو من مصادر القانون الاحتياطية لا يقف إعماله عند حدود المعاملات التجارية، بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون

1 - غالبية النصوص القانونية المتعلقة بحماية المستهلك تدخل ضمن النظام العام، على سبيل المثال: القسم الثالث من القانون 31.08 المتعلق ب"حماية المستهلك من الشروط التعسفية".

2 - غير أن القواعد الأمرة يجب أن تكون في نطاق ضيق وأن يكون الهدف منها أساسا: - أولا: تفعيل العقد، وذلك بإكمال اتفاق الطرفين كلما كان ذلك ضروريا وجائزا لأن المشرع يفضل فاعلية العقد عن عدمها.

- ثانيا: حماية المتعاقدين بعضهم في مواجهة البعض الآخر مهما كان المتعاقدان من حيث عدم التبصير أو عدم الدراية بالمسائل القانونية.

3 - حكم محكمة استئناف الإسكندرية بتاريخ 5 شباط (فبراير) 1950، مجلة المحاماة المصرية، السنة 3، العدد 2، ص 501، انظر: خالد عبد حسين الحديثي، م. س، ص 109.

4 - العرف: هو اعتياد الناس على سلوك معين وشعورهم بالزامه وبضرورة مجازاة من يخالفه، وهو مصدر تلقائي فطري بطى ينبع من مشاكل الناس وما يحيط بهذه المشاكل من واقع، لا تتدخل في تكوينه إرادة مدبرة مفكرة، وإنما يتكون بطريقة غير محسوسة وغير محددة، فلا أحد يعلم كيف ومتى ظهرت القاعدة وكيف تطورت، ولهذا كان العرف هو المصدر الرئيسي بل الوحيد للقانون في المجتمع البدائي، وهو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة ويعتبر وسيلتها

الخاص والعام على حد سواء، ويلجأ إليه القاضي إما لمعرفة حكم القانون أو لتفسير العقد أو لتكملته في حالة تعذر إيجاد حل للنزاع المتعلق بالعقد، والمقصود هنا هو العرف المكمل لإرادة المتعاقدين لا العرف المفسر¹. إذ أن هذا الأخير يرجع إليه القاضي في حالة غموض عبارة في العقد، أما العرف المكمل فيرجع إليه لتكملة عقد ناقص، وهو يلعب دورا كبيرا في المعاملات التجارية والبحرية والبنكية والتأمين.

الفقرة الثانية: العدالة والإنصاف

العدالة² هي الأساس الذي يقوم عليه القانون كله، وهي في نفس الوقت من المصادر الاحتياطية التي يرجع إليها القاضي لتحديد الحكم الواجب التطبيق، وهي زيادة على ذلك الوسيلة الأخيرة التي يلجأ إليها القاضي في حالة تعذر إكمال العقد بقواعد القانون والعرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية. فمن الالتزامات التي تقتضيها العدالة مثلا أن البائع لا يلتزم فقط بنقل الملكية للمشتري، ولكنه يلتزم أيضا بالامتناع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا. ونميز بين العدل الذي يتسم بالتجريد والعمومية مثل القانون حيث لا يعنى إلا بالمبادئ العامة. أما العدالة فتهم بالظروف الخاصة لكل حالة، وتستجيب لشتى الدوافع الأخلاقية وتروم المساواة الحقيقية القائمة على مراعاة الظروف، لذا فهي تعني الشعور بالإنصاف. فهي فكرة نسبية وغير ثابتة ومتغيرة حسب الحالات وتقدير القاضي للنزاع المعروض عليه³.

صفوة القول، أن القاضي المدني قد منح سلطات استثنائية تخرجه من دوره المألوف في تطبيق القانون على الوقائع المعروضة أمامه، فيتدخل في صنع العقد ويبحث في مسائل تفصيلية ويفرضها على المتعاقدين رغم عدم اتفاقهما عليها، لكنه يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض لأن كل العناصر التي يستعين بها في تحديد نطاق العقد هي عناصر موضوعية، فتكملة العقد من مسائل القانون وليست من مسائل الواقع⁴. ومن هنا اعتنقت التشريعات الحديثة فكرة "تكميل

الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها. انظر: خالد عبد حسين الحديثي، م. س، ص 111.

1 - خالد عبد حسين الحديثي، م. س، ص 115.

2 - العدالة: هي شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير ويهدي إلى إعطاء كل ذي حق حقه، دون الجور على حقوق الآخرين.

3 - راقية عبد الجبار علي، م. س، ص 48.

4 - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، 2009، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ص 152.

العقد" وهو ما يتجلى في موقف القوانين المدنية. لكن الفقه العربي استخدم مصطلحات أخرى تدل على "نظرية تكميل العقد" وترتبط بها، حيث درج الفقه العربي¹ على تسمية الالتزامات التي تضاف إلى العقد بـ "مستلزمات العقد" بقصد الإشارة إلى عملية تكميل العقد، ولكن السؤال المطروح: أي المصطلحين أدق؟

للإجابة عن هذا السؤال لابد من البحث في أصل المفهوم الذي يرجع إلى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، حيث نجد أنه لم تكن كلمة "مستلزمات" موجودة في الصياغة الأصلية لهذه المادة، ولكنها أضيفت عند مناقشة المادة 2/148 في لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ. وقد قال العشماوي باشا بأنه: "إذا كان لابد من هذا النص فهو يقترح استبدال "بالنتائج التي تقتضيها طبيعة العقد" بعبارة "بما تقتضيه طبيعة الالتزام" خصوصا وأن النصين الفرنسي والإيطالي المأخوذ عنهما المادة المعروضة يتكلمان عن كلمة suites أي "النتائج"، غير أن كلمة النتائج المقترحة لا تؤدي المعنى المطلوب، وتم اقتراح استبدال كلمة "مستلزمات" بها لأن الأولى لا تؤدي معنى كلمة suites².

وتأسيسا على هذا الاختلاف في منشأ مصطلح "مستلزمات العقد"، فالمصطلح يعبر عن حالة وصفية للالتزامات التي تضاف – موضوعيا – إلى مضمون العقد، ولا يعبر عن حقيقة الآلية التي يقوم بها القاضي بصدد إضافة تلك الالتزامات والتي سمينها في بحثنا هذا "تكميل العقد". وعليه يبدو أن مصطلح "مستلزمات العقد" محل نظر من جانبين:

الجانب الأول: هو غموض المدلول التاريخي للمصطلح، حيث تفرق الفقه إلى مذاهب شتى في تحديده، فمنهم من قال بأن كلمة "مستلزمات العقد" في حد ذاتها غامضة لا تفيد أي مدلول قانوني محدد. ولهذا سارع المشرع وأحال إلى عدة مصادر تتحدد في ضوءها تلك المستلزمات بالنسبة لكل عقد ولكل طائفة من العقود بصفة عامة. والبحث ينصب على ما

1 - على سبيل المثال: أسامة أحمد بدر، تكميل العقد، دراسة تحليلية بين القانونين المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 36.

2 - رياض مفتاح، موسوعة الأعمال التحضيرية: القانون المدني، 2015 مكتبة الوفاء القانونية، ص 342. أورده: علي فيصل علي الصديقي، م. س، ص 271.

يضاف إلى العقد من التزامات باعتبارها مما يستلزمه العقد حسب طبيعته وبالنظر إلى الهدف المقصود منه.

ويذهب فريق آخر في تعريف "مستلزمات العقد" بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي التي ميزت بين "حكم العقد" و"حقوقه"، باعتبار أن ذلك يشكل نقطة بداية الوصول إلى الضالة المنشودة في تعريف "مستلزمات العقد" حيث يشير أصحاب هذا الرأي إلى أن "حكم العقد" يعني المضمون الجوهري للعقد، إذ أن كل عقد من العقود له جوهر وذاتية خاصة تميزه عن غيره من العقود، فعقد المعاوضة يقوم على أساس أن كلا من طرفيه يأخذ مقابلًا لما يعطي، فصفة المبادلة بين العوضين تمثل إحدى أخص خصائص عقد المعاوضة وتميزه عن عقود التبرع، وكذا العقد الذي ينقل ملكية المنفعة يختلف عن العقد الذي ينقل ملكية الرقبة والمنفعة معا، فذاتية الأول تتمركز في نقل المنفعة كالإجارة، في حين ذاتية الثاني تتمركز في نقل الرقبة والمنفعة معا كعقد البيع، فحكم العقد يتجسد بالأثر الأصلي له، فعقد البيع أثره الأصلي نقل الملكية وعقد الإجارة أثره الأصلي نقل ملكية المنفعة وعقد النقل أثره الأصلي نقل شخص أو شيء من مكان إلى آخر.

أما "حقوق العقد" فهي تلك الالتزامات التبعية التي تؤكد الأثر الأصلي للعقد أو تحفظه أو تكمله، فهي أحكام تلازم العقد وتترتب عليه ولو لم يتفق عليها. لأن جوهر العقد وأثره الأصلي لا يتحقق إلا بها، فإذا كان نقل الملكية حكما للعقد وأثره الأصلي، إلا أن هذا الأثر الأصلي لا يتحقق إلا بوجود التزامات تبعية تؤكد كالتزام البائع بالتسليم أو التزامه بضمان الاستحقاق والعيوب. ويقول أصحاب هذا الرأي أخيرا بأن "مستلزمات العقد" تساوي "حقوق العقد" وهي تعني مجموعة الالتزامات التبعية التي تلازم العقد وتترتب عليه بمجرد انعقاده صحيحا، وبصرف النظر عن اتجاه إرادة المتعاقدين إليها، لأن الأثر الأصلي للعقد لا يتحقق بدونها. وإذا ما رجعنا إلى أحكام المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، التي اقتربت من

تفسير المعنى من قاعدة "إعمال العقد خير من إهماله" فهذه قاعدة مقررة في أصول فقه " الشريعة الإسلامية"، وقد بعض الفقه¹ بالتفسير والتحليل.

الجانب الثاني: اختلاط معنى المصطلح مع أوضاع قانونية أخرى، فقد أوقعت عبارة "مستلزمات العقد" جانبا من الفقه العربي في خلط بينها، أي المستلزمات، وبين فكرة "الملحقات" التي تعبر عن القاعدة الماثورة "الملحقات تتبع الأصل"، وقد تجلّى ذلك واضحا في الالتزامات المستحدثة التي اعتبرها الفقه ضمن مستلزمات العقد، ولكنه في الوقت ذاته أقحم ما يتعلق بالملحقات ضمن نطاق المستلزمات.

فقد ذهب بعض الفقه العربي²، إلى إلحاق الملحقات في صميم فكرة تكميل العقد، بالقول في سياق توضيح فكرة المستلزمات، أنه من باع عينا يعتبر أنه باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء، ومن باع حقا يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه ما يكفله ويؤيده، كرهن وكفالة ودعوى ضمان، ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية التي لا غنى عنها في تسييرها، ومن باع متجرا وجب عليه أن يسلم للمشتري السجلات التي تبين ما على المتجر من ديون وماله من حقوق وما يتصل به من عملاء³.

بناء على ما تقدم، ننتهي إلى القول بالطابع الوصفي لمصطلح "مستلزمات العقد"، ذلك أن هذا المصطلح ليس إلا صفة لتلك الالتزامات المستحدثة التي تضاف إلى العقد، فلا تعد " المستلزمات" قاعدة أو أساسا يبنى عليه التزام جديد، بل الالتزام الجديد يوصف بأنه من مستلزمات العقد نظرا لارتباطه الوثيق به ليس إلا. فالمقصود هو ما يلزم لتفعيل العقد ومنحه فعالية أكبر أو أوسع من خلال ما يضاف من التزامات، لا أن نعتبر "المستلزمات" أساسا يمكن البناء عليه، وما يدعم هذا القول غموض المصطلح واضطراب الفقه في تفسيره وتحديد مدلوله. فضلا عن ضعف مصطلح "مستلزمات العقد" سواء من جانب غموضه واختلاف الفقه في

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء السادس، 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 37.

² - تزعم هذا الرأي الفقيه السنهوري (1895-1971).

³ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، الجزء السادس، ص 15، سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، 2009، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ص 150.

تحديد مدلوله القانوني، أو من حيث ما يثيره من إشكالات تتعلق باختلاطه لمفاهيم أخرى وأبرزها قاعدة "الملحقات تتبع الأصل". وهكذا يجب الاقتصار بخصوص النصوص القانونية المقارنة التي تستعمل هذا المصطلح¹ على كونها سياقات وصفية فقط، دون الانجرار نحو مضامين أخرى تخرج أصل المصطلح من سياقه، فوجود المصطلح لا يتناقض ونظرية "تكميل العقد"، فالتكميل يؤدي إلى إضافة التزامات جديدة توصف بأنها من "مستلزمات العقد"².

نشير في نهاية هذا المبحث إلى أن تحقيق الشفافية لوظائفها يبقى مرهونا أيضا بدور الأجهزة الإدارية والجمعيات العاملة في مجال حماية المستهلك، وهو ما سنتناوله بالمبحث في الفرع الموالي.

¹ - مثل:

- المادة 127 من القانون المدني البحريني: "لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقا لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل".

- أيضا المادة 195 من القانون المدني الكويتي التي جاءت مطابقة لنظيرتها البحرينية.

² - علي فيصل علي الصديقي، م. س، ص 276.

الفرع الثاني: دور الدولة والمجتمع المدني في إرساء الشفافية في عقود الاستهلاك

إن التطور الذي عرفته طرق وأساليب الغش والتزييف التي تقع على المنتجات والخدمات المعروضة في السوق، وتزايد ظاهرة البحث عن الربح السريع من طرف المحترفين حتى لو كان ذلك بطرق غير مشروعة حتم على الدولة، باعتبارها جهازاً يضطلع بمهمة تنظيم العلاقات بين المتعاملين في السوق ويحرص أشد الحرص على ضرورة اتسام هذه العلاقة بالأمانة والاستقامة والشفافية، أن تتدخل من أجل تطهير هذه السوق من كل الأعمال والتجاوزات التي تتنافى مع القانون.

ومع تحرير المبادلات التجارية على المستوى العالمي وانفتاح الأسواق الوطنية على مواد ومنتجات يتميز الكثير منها بالتعقيد والتطور، تزايدت الحاجة إلى تدخل الدولة نظراً لما تتوفر عليه من إمكانيات مادية وتقنية وبشرية تسمح لها بالوقوف في وجه كل ما من شأنه أن يخلق الاضطراب في السوق،¹ ويمس بحق المستهلكين في عقود استهلاكية نزيهة (المبحث الأول).

كما يكتسي دور المجتمع المدني، خاصة جمعيات حماية المستهلك، أهمية بالغة في الدفاع عن مصالح المستهلكين وسلامتهم وحقوقهم، حيث تعتبر الأقدار على التعبير عن حاجاتهم ومتطلباتهم، وذلك من خلال تمثيل المصالح الفردية والجماعية للمستهلكين أمام المؤسسات الإدارية والقضائية والسلطات العمومية والفاعلين في القطاع الخاص، كما تقوم بجمع المعلومات الموضوعية حول المنتجات والخدمات المعروضة ومعالجتها ونشرها، إضافة إلى تثقيف المستهلك وتوعيته بأهمية جودة السلع والخدمات ومراقبة مطابقة السلع للمواصفات² (المبحث الثاني).

¹ - أبو بكر مهم، حماية المستهلك من الأضرار الناجمة عن المنتجات المعروضة في السوق، م. س، ص 167.
² - إبراهيم المامون، جمعيات حماية المستهلك، سلسلة دراسات وأبحاث، العدد 4، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2013، ص 186.

المبحث الأول: دور المراقبة الإدارية في دعم شفافية عقود المستهلك

يتميز مجال الاستهلاك بشساعته وبالتالي تعدد الأجهزة الإدارية المتدخلة وتنوعها، وطبعاً تنوع اختصاصاتها بل وتداخلها، وهو ما يطرح صعوبات كبيرة على مستوى المراقبة الإدارية. وبالرغم من أن القانون المقارن يتجه نحو وضع تشريع موحد وهيأة واحدة مكلفة بالمراقبة، إلا أنه في التشريع المغربي لا زالت الاختصاصات متناثرة بين الأجهزة الإدارية الرسمية التابعة للسلطة التنفيذية الحكومية ممثلة في الوزارات ذات الصلة بمجال الاستهلاك، والأجهزة الإدارية غير الرسمية ممثلة في الهيئات الرقابية المتخصصة.

لكن ما يهمنا في سياق دراستنا هاته، ليس جرد كل هذه الأجهزة وإنما التركيز على مدى مساهمتها في دعم شفافية العقود الاستهلاكية سواء من مرحلة الدعوة إلى التعاقد متجسدة في الإشهار التجاري (المطلب الأول)، أو عند إبرام العقد من خلال ضمان محاربة الشروط التعسفية التي تفرض على المستهلك في تعاقداته مع المهنيين بائعي السلع والبضائع ومقدمي الخدمات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور الأجهزة الإدارية في ضبط قطاع الإشهار التجاري

النتيجة المنطقية لتشتت النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم قطاع الإشهار هي تعدد المتدخلين الذين يفترض فيهم التصدي لمهمة الرقابة لضمان حق المستهلك في شفافية الممارسات المرتبطة بهذا المجال، خاصة في سياق التطور المتسارع لتقنيات الترويج والتسويق، حيث تتراجع مكانة الشفافية ضمن البحث الأناني للمنتجين والمعلنين عن الربح وبكل الطرق ولو على حساب وضوح ومصادقية الرسالة الإشهارية.

وتظهر أهمية ودور الرقابة الإدارية في فرض الشفافية في قطاع الإشهار وطنياً (الفقرة الأولى) ودولياً (الفقرة الثانية)، في كون ضمان شفافية الممارسات الإشهارية يعد بمثابة اللبنة الأساس والانطلاقة السليمة للعملية الاستهلاكية ككل.

الفقرة الأولى: الرقابة الإدارية على قطاع الإشهار بالمغرب

يتعدد المتدخلون في هذا القطاع الحيوي الذي له علاقة مباشرة بشفافية العقود الاستهلاكية، إذ كلما كان وسائل الضبط الإداري للإشهار محكمة وفعالة، كلما أدى هذا الأخير دوره التوعوي والإخباري للمستهلك حول المنتجات وخصائصها ومكوناتها، والعكس صحيح أيضاً، فالفوضى في قطاع الإشهار التجاري تعني غياب شفافية ما تمرره من معلومات للمستهلك عبر مختلف الوسائط ووسائل التواصل.

أولاً: دور مصالح وزارة الاتصال

من خلال مرسوم 2008 المحدد لاختصاصات وتنظيم وزارة الاتصال¹، يتبين أنه من بين المهام الأساسية لوزير الاتصال تطوير الاتصال عموماً. وغني عن البيان أن الإشهار التجاري يعد أحد أوجه الاتصال، وفي هذا الإطار فإن دور وزارة الاتصال في ضمان شفافية الرسائل الإشهارية يتمحور حول النقاط التالية:

أ - في مجال الإشهار

فإن وزارة الاتصال مكلفة بتشجيع وتطوير وسائل الإشهار بما في ذلك الوسائط الإلكترونية من جهة²، وهو ما تسهر على تنفيذه مختلف المديريات التابعة للوزارة³ ومن جهة

¹ - المرسوم رقم 782-06-2 الصادر في 3 ربيع الأول 1429 (11 مارس 2008) بتحديد اختصاصات وتنظيم وزارة الاتصال. ج. ر. عدد 5614 بتاريخ 12 ربيع الأول 1429 (20 مارس 2008).

² - المادة 1 من مرسوم 2008: "تتأط بوزارة الاتصال مهمة إعداد وتنفيذ سياسة الحكومة في جميع ميادين الاتصال، وهي الناطقة باسم الحكومة. ويعهد إليها، وفقاً لأحكام النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، بالوصاية على المؤسسات العامة والأجهزة الأخرى التابعة لها، القيام بما يلي:

- إعداد وتنفيذ سياسة الحكومة في مختلف ميادين قطاع الاتصال، من صحافة مكتوبة واتصال سمعي بصري وإشهار وسينما وحقوق المؤلفين والحقوق المجاورة، وتكوين الموارد البشرية للقطاع والإنتاج الوطني، والعمل على تأهيل وتطوير القطاع".

³ - المادة 6 من مرسوم 2008: "تتولى مديرية الدراسات وتنمية وسائل الاتصال القيام بالمهام التالية:

- إعداد وتتبع وتقييم السياسات العمومية المتعلقة بمختلف ميادين قطاع الاتصال من صحافة مكتوبة واتصال سمعي بصري وإشهار وسينما وحقوق المؤلفين والحقوق المجاورة وتكوين الموارد البشرية بالقطاع، والعمل على تأهيل وتطوير القطاع.
- القيام بالدراسات المرتبطة بقطاع الاتصال ووسائل الإعلام لا سيما تلك المتعلقة بتحليل حاجيات وانتظارات المجتمع المغربي في مجال الصحافة والسينما والسمعي البصري والتكنولوجيات الحديثة للإعلام..."

أخرى تعمل الوزارة على تفادي التأثير المالي أو السياسي أو الإيديولوجي على وسائط الإشهار¹.

ب - في مجال القوانين والتشريعات

تقوم وزارة الاتصال بإعداد النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بقطاع الإشهار، وهو ما تنهض به مديرية الدراسات وتنمية وسائل الاتصال². فقد تبنت مؤخرا الوزارة - قطاع الاتصال - مؤخرا "مخطط 2021-2017" من بين محاوره الأساسية تطوير قطاع الإشهار، حيث يعتزم قطاع الاتصال اقتراح مشروع قانون خاص بالإشهار، وذلك بهدف مواكبة التحولات الحاصلة في هذا المجال وتمكين الفاعلين من إطار قانوني يسهل تأطير عملهم المهني، وتثمين الجهود الرامية إلى جعل هذا المجال يقوم بالدور المنوط به كرافعة للاقتصاد الوطني³.

إضافة إلى عملية التقنين والضبط، فالمخطط المذكور يراهن على تشجيع المهنيين على وضع آليات للتنظيم الذاتي وصياغة ميثاق أخلاقيات المهنة ينظم قطاع الإشهار، عبر إحداث "هيئة بيمهنية مستقلة"، تتولى أساس السهر على ضمان حيادية سوق الإشهار في علاقته بالإعلام كما تعهد إليها مسؤولية متابعة الممارسات الإشهارية. وستقوم بالضبط الذاتي للمهنة عبر المراقبة القبلية للإشهار، مع مراعاة كل القواعد والمضامين الخاصة بأخلاقيات المهنة المتضمنة في ميثاق أخلاقيات مهنة الإشهار الذي يحث على الالتزام بالقواعد والقيم الوطنية والشفافية وتقوية التنافسية وتكافؤ الفرص.

هذا إضافة إلى مشروع ثان يتمثل في إحداث "مكتب التحقق من الروجان والإشهار"⁴ بشراكة مع المهنيين، وستكون مهمته الأساسية مراقبة شفافية الأرقام من خلال التوزيع

¹ - المادة 2 (الفقرة 3- ب -) من القانون 77-03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري.

³ - إجراءات تنفيذ المخطط:

- عقد لقاءات تشاورية مع الشركاء
- إجراء دراسة مقارنة للقوانين الدولية.
- عرض المشروع على مسطرة المصادقة والنشر بالجريدة الرسمية.

⁴ - إجراءات التنفيذ:

- عقد اجتماعات مع مهنيي قطاع الإشهار للتباحث حول التدابير الممكنة لوضع مكتب للتحقق من روجان الإشهار.
- تحديد الشكل القانوني والمهام والتشكيل.

والمبيعات والمقروئية وتطبيق القواعد والمضامين الخاصة بمتابعة الممارسات الإشهارية في الصحافة المكتوبة.

ج - فيما يتعلق بالإشهار في حد ذاته

تقوم وزارة الاتصال بضبط شروط ممارسة النشاط الإشهاري من جهة، من خلال التنظيمات التي تصدرها. ومن جهة أخرى تسلم الوزارة الرخص اللازمة لبعض الإشهارات الخاصة. ومن هنا يبرز دور وزارة الاتصال في الحماية من الإشهارات الكاذبة والمضللة عبر ضمان شفافية محتواها وسبل تبليغها للمستهلك. فالنشاط الإشهاري في المغرب، وإن كان يعاني من غياب مدونة موحدة تجمع شتات النصوص القانونية المتفرقة، فهو مؤطر ومقنن. ويفهم من ذلك أنه إذا كانت حرية التجارة والصناعة والمنافسة هي الأصل فإن ذلك لا يمنع المشرع من التدخل لضبط الممارسات الإشهارية للمعلنين لما لها من انعكاس مباشر على المنافسين والمستهلكين.

ومن أجل تمكين وزارة الاتصال من القيام بمهامها المنوطة بها، فقد خصص قرار وزير الاتصال¹ الناطق الرسمي باسم الحكومة مصلحة خاصة بقطاع الإشهار تابعة لقسم الصحافة المكتوبة والإشهار. لكن الملاحظ أن القرار لم يفصل في مهام هذه المصلحة واكتفى بتسميتها فقط. أما عمليا فهي تقوم بجمع وتحليل المعطيات المتعلقة بالنشاط السمعي البصري عامة وبالإشهار خاصة، وذلك بتتبع مختلف الوسائط الإشهارية وتنظيم العلاقات مع هيئات الضبط والمنظمات المهنية.

- إطلاق المشروع.

¹ - المادة 1 من قرار وزير الاتصال الناطق الرسمي باسم الحكومة رقم 590-08 صادر في 4 ربيع الأول 1429 (12 مارس 2008) بتحديد اختصاصات وتنظيم الأقسام والمصالح المركزية لوزارة الاتصال. ج. ر. 5614.

ثانياً: دور الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري¹ (HACA)

الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري هي الهيئة المخولة بتنظيم البث الإذاعي والتلفزي في المملكة المغربية، وهي سلطة إدارية مستقلة، موضوعة تحت ظل الرعاية السامية لجلالة الملك²، ومكلفة بضبط وتقنين القطاع السمعي البصري الذي تم تحريره بعد إنهاء احتكار الدولة في هذا المجال، وذلك لمواجهة تحديات العولمة والتطور التكنولوجي العالمي الذي يعرفه مجال الإعلام والاتصال.

وهي تتألف من المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري، ومن المديرية العامة للاتصال السمعي البصري، مهمتهما مراقبة تقيد متعهدي الاتصال السمعي البصري بالقطاعين العام والخاص بأحكام النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمجال، وبتنفيذ دفاتر تحملاتهم³. ولهذه الغاية، يعمل المجلس الأعلى، مع مراعاة الاختصاصات الموكولة لسلطات أو هيئات أخرى بمقتضى النصوص التشريعية الجاري بها العمل، على منع الرسائل الإشهارية المخالفة، مثل:

- الإشهار الذي يتضمن مزاعم وبيانات أو تقديمات مغلوبة أو من شأنها أن توقع

المستهلكين في الخطأ.

¹ - الموقع الإلكتروني للهيئة العليا للاتصال السمعي البصري. (HACA): www.haca.ma

² - الأمر الذي يضمن لها الاستقلال والحياد، ونظرياً الفعالية والمصداقية.

³ - غير الفقرة 1 من المادة 7 من ظهير 25 غشت 2016 المتعلق بإعادة تنظيم للهيئة العليا للاتصال السمعي البصري قد حصرت الجهات التي يمكن أن تتلقى ضمنها الهيئة الشكايات في جهتين وهما: الهيئات السياسية والنقابية ثم الجمعيات المعترف لها بصفة المنفعة العامة، وهو ما من شأنه أن يحد من فاعلية تدخلاتها.

- الإشهار الذي يتضمن بأي شكل من الأشكال بيانات من شأنها أن توقع المواطنين في الخطأ أو تخرق حقهم في سرية المعلومات المتعلقة بحالتهم الصحية أو تتضمن بيانات كاذبة عن الصحة أو تحت على الممارسة غير القانونية لمهنة الطب أو ممارسة شعوذة¹. وهكذا فقد أصدرت الهيئة العديد من القرارات الإدارية العقابية في حق مختلف الفاعلين في الحقل الإعلامي المخالفين لأحكام القانون 77-03. فقد وجهت إنذارات عديدة لشركة "صورياد-القناة الثانية" بشأن شروط إدراج الإشهار بتجاوز السقف المسموح به لإدراج الإشهار، وخاصة المدة الزمنية الإجمالية للوصلات الإشهارية خلال ساعة مسترسلة، والحد الأدنى للمدة الفاصلة بين وصلتين إشهاريتين². كما أنذرت الهيئة الخدمة الإذاعية "أطلانتيك" التابعة لشركة "إيكوميديا"، بسبب عدم احترام مقتضيات القانونية والتنظيمية المتعلقة بشروط إدراج الخطابات الإشهارية³. ووجهت إنذارا أيضا لإذاعة "هيت راديو" بسبب إعلان غير معلن عنه لفائدة علامة Nike في أحد برنامجها⁴، وهو ما يخالف المادة 2 من قانون 77-03.

ومن خلال التنوع الكبير للقرارات ما بين توجيه إنذارات أو إيقاف بث برامج لمدة معينة وغرامات مالية، تعمل الهيئة على ضبط الوسائط الإشهارية بما يتلاءم والقوانين المؤطرة وحقوق المستهلكين لهذه الخدمات الإعلامية في شفافية ووضوح الخطاب الإشهاري ومصادقيته.

¹ - المادة 2 من قانون 77-03 المعدل والمتمم بمقتضى ظهير رقم 1.16.155 صادر في 21 من ذي القعدة 1437 (25 أغسطس). ج. ر. عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016).

² - قرار 13-27 بتاريخ 10 أكتوبر 2013.

- قرار 18-46 بتاريخ 01 أكتوبر 2018.

³ - قرار 18-10 بتاريخ 06 مارس 2018.

⁴ - قرار 18-01 بتاريخ 23 يناير 2018.

- المزيد من القرارات على الموقع الإلكتروني للهيئة العليا للاتصال السمعي البصري.

ثالثاً: دور المواثيق الأخلاقية

يفتقد السوق الإشهاري المغربي لميثاق أخلاقي موحد¹ يوجهه ويضبط أنشطته، حيث لازالت وزارة الثقافة والاتصال في بلاغاتها² تعمل على مواكبة قطاع الإشهار وتنظيم الإعلانات، وذلك في إطار استراتيجيتها الهادفة إلى تعزيز التنظيم الذاتي للمهنة، وكذا التشجيع على الاستثمار بالمجال من أجل مواكبة التطور الذي تشهده الصناعة الإشهارية بالمغرب. فالغاية هي صياغة آليات مهنية للتنظيم الذاتي وميثاق أخلاقيات المهنة، وذلك بإحداث هيئة متخصصة مستقلة تتولى بالأساس السهر على ضمان حيادية قطاع الإشهار في علاقته مع الإعلام ومتابعة مدى احترام الممارسات الإشهارية للقوانين والمضامين الدستورية ذات الصلة.

رابعاً: دور دفاتر الحملات

يخضع الحقل الإعلامي المغربي لدفاتر حملات توطر برامجه ومضمونه والرسائل الإشهارية التي يمررها للجمهور كخدمة إعلامية هادفة. فإذا كانت هذه الدفاتر تمنع التسويق التلفزيوني³، فهي تسمح لمختلف وسائل الإعلام الوطنية ببث الوصلات الإشهارية والرعاية، باستثناء إذاعة محمد السادس للقرآن الكريم⁴.

1 - غير أن ذلك لا ينفي وجود قواعد أخلاقية ضمن دفاتر الحملات للمؤسسات الإعلامية الوطنية.

2 - جريدة الاتحاد الاشتراكي، بتاريخ 24-06-2019.

3 - المواد 20، 40، 61، 76، 82، 92، 104، 110، 121، 150، 161، 179، من دفتر حملات الشركة الوطنية للإذاعة والتلفزة (SNRT). (مرسوم رقم 2-12-596 صادر في 25 من ذي القعدة 1433، الموافق ل 12 أكتوبر 2012). -المادة 33 من دفتر حملات شركة صورياد القناة الثانية. (مرسوم 2-12-597 صادر في 25 ذي القعدة 1433 الموافق ل 12 أكتوبر 2012).

4 - المادة 166 من دفتر حملات الشركة الوطنية للإذاعة والتلفزة.

الفقرة 1 من المادة 180 من دفتر تحملات الشركة الوطنية لإذاعة والتلفزة¹ تسمح ببث وصلات إخبارية تشمل كل واحدة منها خطابا إخباريا أو أكثر، والتي يجب أن يكون قابلة للتمييز بسهولة ومفصولة عن غيرها من المواد. ويجب التمييز بين الربور تاجات الإخبارية، التي هي عبارة عن خطابات ذات طبيعة دعائية تقدم معلومات أوفر وأدق عن الخصائص المميزة لمنتوج أو خدمة أو مجموعة من المنتوجات أو الخدمات، والخطابات الإخبارية العادية. أما الفقرة 2 فتلزم المتعهد في "الخدمات التيليماتيكية" (services télématiques)² بإخبار الجمهور بالأثمنة التي يجب أدائها لاستعمال خدمة "تيليماتيكية" أو هاتفية يقوم ببثها بشكل تلقائي وبطريقة صوتية مسموعة ومرئية واضحة. في حين منعت المادة 182 في فقرتها 1 على الشركات بث الإشهار الممنوع أو الإشهار غير المعلن عنه كما ورد تعريفهما في المواد 2 (الفقرتين 2 و3)، 67، 66، 68 من القانون 77-03. وفي فقرتها 2 منعت الحث المباشر للأطفال على شراء منتوج أو خدمة باستغلال عدم خبرتهم وسذاجتهم خاصة:

- حملهم على الحكم على منتوج أو خدمة هم غير قادرين على تكوين رأي حيالها.
- تحفيزهم بشكل صريح أو ضمني على إقناع آبائهم أو الآخرين على شراء منتوجات أو خدمات معينة مع إصدار حكم قيمة على ثمن هذه المنتوجات أو الخدمات أو عن إمكانية الشراء الناجمة عن ذلك.

- المبالغة في وصف المفعول الإيجابي لمنتوج أو خدمة على قدراتهم الجسدية أو الذهنية.

¹- نفس المضامين نجدها في المادة 51 من دفتر تحملات القناة المغربية الثانية.

² - L'ensembles des techniques et des services qui associent les ressources de l'informatique et celles des télécommunications.

- الإيحاء لهم بأن عدم امتلاك أو استهلاك منتج أو خدمة معينة يترتب عنه مفعول سلبي على قدراتهم الجسدية والذهنية، إلا في حالة ما إذا كان مضمون هذا الإيحاء مؤكدا علميا.
- حث القاصرين، بشكل صريح أو ضمني، على شراء واستهلاك أو على نوعية من استهلاك منتجات أو خدمة من شأنها أن تضر بصحتهم.
- الإيحاء أو التشجيع أو تقديم بطريقة عادية أو مقبولة سلوكيات، وبشكل صريح أو ضمني، من شأنها أن تضر بصحة القاصرين أو تسئ إلى حسن سلوككم. فعندما يكون إشهار معين موجها إلى الأطفال، ينبغي أن يكون التعرف على خصائصه سهلا وسريعا.
- بث أي إشهار سمعي بصري كاذب أو مضلل يتضمن ادعاءات أو إشارات أو تقديمات خاطئة من شأنها أن توقع الجمهور في الخطأ. لهذا الغرض، لا ينبغي للوصلات الإشهارية أن تغير المضمون الحقيقي للبيانات العلمية، أو تدعو إلى الاعتقاد بأنها ذات أساس علمي عندما لا يكون الأمر كذلك¹.
- تقديم كل معلومة ناتجة عن استطلاع رأي أو تحقيق على أنها حقيقة نهائية وشائعة.
- الإشارة إلى معيار أو علامة مميزة على أنها مصادق عليها من طرف السلطات العمومية وهي ليست كذلك.
- الإشارة إلى الضمان دون أن يكون التزاما حقيقيا وواضحا من حيث طبيعته ونطاقه ويمكن التأكد منه بشكل موضوعي.

¹ - الفقرة 3 من المادة 182 من دفتر تحملات القناة المغربية الأولى.

- تحرض الجمهور على عدم شراء أو استعمال المنتج أو المنتجات أو العلامات المنافسة، خاصة من خلال وصلات إشهارية غير موضوعية¹.

- بث أي خطاب إشهاري لمنتج أو خدمة مضرّة بصحة الأشخاص، كالأسلحة النارية، المشروبات الكحولية، السجائر²، أو التي يكون استهلاكها مشروطاً بالحصول على إرشادات مهني مختص مثل الأدوية.

خامساً: دور مجلس المنافسة

يمثل مجلس المنافسة هيئة خبيرة بأحوال السوق والاستهلاك والمنافسة، لذا أناط به المشرع دور استشاري بحيث يرجع إليه كلما دعت الحاجة إلى أخذ رأيه في مجال المنافسة. ويمكن لجميع المشاركين في الحياة الاقتصادية والاجتماعية داخل الدولة. ويعد المستهلك المعني الأول بالعملية التنافسية بما توفره له من الاختيار الحر بين عدد من السلع والخدمات وبما تحققه بخفض للأسعار تساعد على رفع قدرته الشرائية. ويعتبر الإشهار أحد أهم مظاهر المنافسة بين المهنيين، لكن الواقع لا يعكس دائماً مصالح المستهلك. الأمر الذي يفرض تدخل مجلس المنافسة الذي يتمتع بصلاحيات قمع الممارسات المنافسة لقواعد المنافسة النزيهة والتي من بينها الإشهار الكاذب أو المضلل.

¹ - الفقرة 4 من نفس المادة.

² - للمزيد في الجوانب القانونية لصناعة التبغ والمشروبات الكحولية، راجع رسالتنا لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، مختبر قانون الالتزامات والعقود، وحدة التكوين والبحث: قانون الاستهلاك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 2005.

وهكذا فإنه يمكن لمجلس المنافسة التدخل للحد من الأضرار الجسيمة التي يلحقها الإشهار الكاذب أو المضلل بالمنافسة وبالتالي بالمستهلك.¹ وذلك من خلال المعايينات والتحريات، حيث يصدر أوامره للمعنيين بجعل حد للممارسات المنافسة لقواعد المنافسة داخل أجل معين أو يفرض عليهم شروطا خاصة²، وإلا فيجوز له إصدار عقوبات مالية تتناسب مع خطورة الأفعال المؤخذ عليها³ والمخالفة لأحكام الفصلين 6 و 7 من قانون 12-104 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.

سادسا: دور الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات (ANRT)⁴

الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات هي الهيئة المكلفة بتقنين قطاع الاتصالات بالمغرب. أحدثت في فبراير 1998 بمقتضى القانون 24.96 المتعلق بالبريد والمواصلات في إطار عملية الإصلاح المؤسساتي الهادفة إلى مرافقة تحرير قطاع الاتصالات بشكل أفضل. إذ تتولى الوكالة، لحساب الدولة، تتبع تطوير قطاع الاتصالات في بيئة تنافسية محفزة على الاستثمار والابتكار، مع الأخذ بعين الاعتبار التوجهات الدولية. فالوكالة مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، محدثة لدى رئيس الحكومة، وترمي إلى تحديث وتنمية القطاع لفائدة جميع المتدخلين وفي طليعتهم المستهلكين والاقتصاد الوطني.

1 - بن خالد فاتح، م. س، ص 340.

2 - المادة 36.

3 - المادة 39.

4 - L'Agence Nationale de Réglementation de Télécommunications.

ويعتبر القرار الوزاري بتاريخ 4 ماي 2007 القاضي بتحديد كفيات الإشهار وإعلام

المستهلك في مجال المواصلات¹ المرجع القانوني الأساسي الذي تعتمد الوكالة لتقنين المواصلات لضبط قطاع الإشهار. حيث يلزم متعهدي الشبكات العامة للمواصلات ومقدمي الخدمات بإخبار الجمهور بشكل واضح بمضمون العرض وخصائصه وتفاصيله ولا سيما التقنية والتعريفية والتعاقدية²، أي ضمان قراءة كل مكونات الخطاب الإشهاري، والتي فصلتها المادة 4 كما يلي:

- التعريف الدقيق بالعرض المقترح.
- أسعار العرض (مع احتساب الرسوم) وبالخصوص السعر الرئيسي للعرض عندما يتكون العرض من عدة أسعار مختلفة.
- مدة أو مدد الالتزام المرتبطة بالعرض.
- شروط الولوج إلى العرض بم في ذلك الأجهزة اللازمة للزبناء للولوج إليه.
- في حالة ضرورة استعمال جهاز خاص لتشغيل الخدمة المقترحة في العرض، تبيان مواصفاته الأساسية بالإضافة إلى السعر (مع احتساب الرسوم).
- أما الإشارات والإحالات التي يمكن أن تتضمن استثناءات و/ أو عناصر تحد من خصائص العرض، فيجب أن تظهر بشكل واضح في الخطاب الإشهاري، واستعمال حروف تمكن، اعتبارا لحجمها ولونها وتباينها اللوني وكذا مكانها في الخطاب الإشهاري³ ومن أجل ضمان الصدق في الخطابات الإشهارية، فالوكالة تحرص على:
- دقة المعلومات المتعلقة بالعرض.

1 - قرار للوزير المنتدب لدى الوزير الأول المكلف بالشؤون الاقتصادية والعامة رقم 649-07 صادر في 16 ربيع الآخر 1428 (4 ماي 2007)، يقضي بتحديد كفيات الإشهار وإعلام المستهلك في مجال خدمات المواصلات.

2 - المادة 3 من القرار 649-07.

3 - المادة 7 من نفس القرار.

- تحديد مدة العرض من حيث الكم والسعر.

- غياب أي بيان من شأنه أن يوقع المستهلك في الخطأ.

- دقة البيانات التي يسمح بالتعرف على مصدر الخطاب الإشهاري عندما يكون مبعوثاً بواسطة الرسائل القصيرة أو بوسيلة إلكترونية.

- وضع رهن إشارة الزبون إمكانية عدم استقبال الخطابات الإشهارية التي يتم بثها عن طريق خدمة الرسائل القصيرة أو بوسيلة إلكترونية¹.

الفقرة الثانية: الرقابة الإدارية على قطاع الإشهار التجاري في الأنظمة المقارنة

سنقف في هذه الفقرة عند تجارب مقارنة للضبط الإداري لقطاع الإشهار التجاري من خلال تجربة غرفة التجارة الدولية (أولا) وعلى المستوى الأوروبي (ثانيا) ثم بفرنسا (ثالثا).

أولاً: غرفة التجارة الدولية

لقد اهتمت غرفة التجارة الدولية بالنشاط الإشهاري منذ مدة ليست بالقصيرة، وحاولت ترسيخ ثقافة التعاون بين المنتجين والمستهلكين بدل الاصطدام وتعارض المصالح. ومن أجل ذلك أصدرت غرفة التجارة الدولية العديد من المدونات في مجال الإشهار²، حيث أولها وأقدمها في 20 ماي 1937 هدفها التأسيس لأخلاقيات الإشهار على المستوى الدولي والتعميق المستمر للإحساس بالمسؤولية لدى المعلنين والعاملين في حقل الإشهار اتجاه المستهلكين. ولمواكبة التطورات المتسارعة في هذا المجال، تم تحيينها في مناسبات عديدة آخرها كان سنة 2018 بإصدار القواعد المرعية في مجال الإشهار والاتصال التسويقي³، ومنها:

¹ - المادة 6 من نفس القرار.

² - Code international de pratiques loyales en matière de publicité.

³ - ICC Publicité et Marketing, Code de communication, construire la confiance des consommateurs grâce à un marketing responsable, Chambre de commerce internationale, édition 2018.

- أن يكون الإشهار متفقاً مع القانون وأن يكون مشروعاً وصادقاً،¹ كما لا يجب أن تخل الرسالة الإشهارية بالثقة التي يوليها إليها الجمهور، أو استغلال نقص الخبرة أو المعلومات لدى جمهور المستهلكين.

- البعد في الرسالة عن الإغراق في الجنس أو العنف أو الإثارة بنحو يضر بالمستهلك.

- ابتعاد الإشهار عن الكذب والتضليل، ولو بطريق التترك، أو الغموض أو المبالغة. وكل ما من شأنه أن يؤدي إلى خداع وتضليل المستهلكين حول الخصائص الجوهرية للمنتج وقيمتة وأثره وثمنه وشروط البيع وكيفيات التسليم والرد والإصلاح وشروط الضمان.²

- امتناع الإشهار عن استعمال مصطلحات علمية كاذبة أو خالية من أي معنى.³

- يجب الالتزام في الإشهار بعدم خداع المستهلك وتضليله.⁴

¹ - Art 1 du code de communications : « Toute communication commerciale doit se conformer aux lois ; être décente, loyale et véridique ».

² - Art 5 du code de communications : « La communication commerciale doit être véridique et ne peut être trompeuse.

La communication commerciale ne doit contenir aucune affirmation, aucune assertion ou aucun traitement audio ou visuel qui soit de nature, directement par voie d'omissions, d'ambiguïtés ou d'exagérations, à induire en erreur le consommateur, notamment, mais pas exclusivement, en ce qui concerne :

- des caractéristiques du produit qui sont essentielles, ou en d'autres termes, de nature à influencer le choix du consommateur, telles que la nature, la composition, la méthode et la date de fabrication,
- le domaine d'utilisation, l'efficacité et les performances, la quantité, l'origine commerciale ou géographique, ou l'impact sur l'environnement ;
- la valeur du produit et le prix total à payer par le consommateur ;
- les conditions de livraison, d'échange, de renvoi, de réparation et d'entretien ;
- les conditions de garantie ;
- les droits d'auteurs et les droits de propriété industrielle tels que les brevets, les marques, les dessins et modèles et les noms commerciaux ;
- le respect de normes ;
- la reconnaissance ou l'homologation officielle, les récompenses telles que l'attribution de médailles, de prix et de diplômes ;
- l'importance des avantages consentis à des causes charitables ».

³ - Art 9 du code de communications.

⁴ - Art 4 du code de communications.

يتبين بجلاء أن الهدف العام الذي تسعى إليه المدونة هو تخليق مجال الإشهار التجاري من خلال إخضاعه لضوابط واضحة وقابلة للقياس. كما تفرد المدونة لبعض أنواع الإشهارات الخاصة بضوابط إضافية، ويمكن إجمالها كالتالي:

أ - البيع الإيجاري والبيع بالأجل والبيع بالتقسيط

يقصد بالبيع الإيجاري البيع الذي يتم في صورة إيجار أي أنه إيجار تنتقل فيه ملكية الشيء المؤجر بدفع آخر قسط منه. أما البيع بالأجل أو التقسيط فهو بيع الثمن فيه يكون مقسماً إلى أقساط على آجال معينة. وتوجب المدونة بخصوص الإشهار في هذا المجال تقديم الرسالة الإشهارية على جميع تفاصيل البيع بالأجل من القسط الأول الواجب الدفع وباقي الأقساط ومواعيد السداد والتكلفة الإجمالية وشروط البيع إلى غير ذلك من البيانات اللازمة حتى يكون المستهلك على بينة من أمره وعلى دراية تامة بالبيع¹.

ب - البيع بالمراسلة

توجب المدونة بشأن الإشهار الخاص بمثل هذا البيع ذكر عدد من البيانات من شخصية المعلن وعنوانه ووصف واضح ودقيق للمنتجات المرسلّة وموعد التسليم وشروط الاسترداد وخدمات ما بعد البيع وغير ذلك.

ج - الضمان

يقصد بالضمان في أبسط مدلولاته العلم بعيوب المبيع وإزالتها حتى يتحقق فيه الأمان الذي يتوقعه المشتري عند استعماله. وتوجب المدونة في هذا المجال ألا يستخدم الإشهار كلمة ضمان إلا بشروط منها: تحديد هذا الضمان تحديداً واضحاً من حيث شروطه، وخاصة ألا يقلل الضمان من حقوق المشتري².

1 - بن خالد فاتح، م. س، ص 328.

2 - بن خالد فاتح، المرجع نفسه، ص 155.

د - العمليات العقارية

ويقصد بها كل ما يتعلق بالعقار من بيع أو إيجار أو غير ذلك من التصرفات القانونية الواردة عليه، وتوجب المدونة ألا يتضمن الإشهار مبالغة أو تضليل بشأن طبيعة العقار أو موقعه أو التصرفات والشكليات والإجراءات القانونية أو الحقوق المثقلة بالعقار أو الضرائب أو الثمن إلى غير ذلك من البيانات المتعلقة بالعقار.

هـ - الائتمان والقروض

أوجبت المدونة ألا يتضمن الإشهار المتعلق بالائتمان والقروض أي خداع أو تضليل يتعلق بشروط الحصول على الائتمان أو سعر الفائدة.

و - المواد الخطرة

مثل المواد السامة أو القابلة للاشتعال، وكذا المنتجات التي يخفي خطرها على المستهلك حيث أوجبت أن يشير الإشهار إلى مصادر خطورتها.

ز - الرحلات

بينت المدونة بعض الشروط الخاصة بالإشهار المتعلق بالرحلات سواء قامت بالرحلة وكالات أسفار عامة أو خاصة وبأي وسيلة كانت، ومن هذه الضوابط:

- وكالة الأسفار المنظمة للرحلة.
- أداة النقل واسم الناقل ودرجة رفاهيته.
- خط السير من نقطة البداية إلى نقطة الوصول.
- مدة الإقامة ونوعها والخدمات المقدمة ومزايا الرحلة من ترفيه وغير ذلك.
- السعر الإجمالي بدقة وتبيان الحد الأدنى والحد الأقصى.
- شروط الإلغاء.

وقد تضمنت هذه المدونة قواعد تفصيلية بشأن الإشهار عن المشروبات الكحولية والتبغ. حيث قامت حوالي 30 دولة وأكثر من 200 جمعية بتبني قواعد هذه المدونة. وبالتالي أصبح

لهذه المدونة أهمية كبيرة على المستوى الدولي بإيجاد نوع من الانضباط الذاتي لدى المشتغلين بالإشهار. وتجدر الإشارة إلى أنه سنة 1998 أضافت غرفة التجارة الدولية بعض القواعد الهامة ذات الصلة بالإشهار الذي يتم عبر شبكة الإنترنت، قضت مجمل تلك القواعد بتطبيق نفس قواعد الإشهار العادي¹. ولم تكتف الغرفة التجارية الدولية بتلك المدونة بل أصدرت مدونات أخرى لها علاقة بالنشاط الإشهاري لعل أهمها:

○ مدونة القواعد المطبقة في مجال تنمية المبيعات:

غني عن البيان أن تنمية المبيعات تعتبر إحدى أهم أوجه نشاط الاتصال التسويقي والتي قد تستعمل الإشهار في تحقيق أهدافها، وقد وضعت المدونة أسس لهذه الممارسة القصد منها ضمان شفافية هذه العملية، ونذكر منها:

- أن تتحلى عملية تنمية المبيعات بالنزاهة والمصادقية خاصة في مواجهة المستهلك.
- يجب أن تكون كل عملية تنمية للمبيعات بشكل يجنب المستهلك الإحباط نتيجة عدم توافر ما كان يتوقعه.
- يجب التحلي بالشفافية وتحمل المسؤولية عن كافة الأخطاء التي قد ترتكب أثناء القيام بعملية تنمية المبيعات.

○ مدونة القواعد المطبقة في مجال دراسة السوق:

وقد تضمنت قواعد ينبغي مراعاتها عند دراسة السوق التي تعد وسيلة أساسية للتعرف على حاجات المستهلكين.

○ مدونة القواعد المطبقة في مجال الإشهارات والاتصال التسويقي الذي يتم عبر الوسائل الإلكترونية والهواتف:

نتيجة للتطور التكنولوجي الهائل، فقد تطورت معه وسائل الإشهار وأصبح من الضروري وضع أخلاقيات خاصة بالنشاط الإشهاري عبر الوسائل الإلكترونية. ومن أجل ذلك

¹ - Christophe masse, la publicité trompeuse dans le commerce électronique, décembre 2000. www.juriscom.net/uni/etd/06/pup01.pdf.

أصدرت غرفة التجارة الدولية مدونة القواعد المرعية في مجال الإشهارات والاتصال التسويقي الذي يتم عبر الوسائل الإلكترونية والهواتف¹.

ثانيا - التحالف الأوروبي من أجل القواعد المطبقة في الإشهار²:

يبلغ التنظيم الرقابي للإشهار مستوى متطورا في الدول الغربية، فعلى المستوى الأوروبي مثلا، فقد تم خلق تحالف أوروبي يجمع مختلف هيئات الرقابة الذاتية للإشهار، ويتبنى المبادئ العامة والخاصة لمدونة التجارة الدولية في مجال الإعلان بوصفها هيئة عالمية تهدف إلى:

- ترقية ومساندة مختلف هيئات الرقابة الذاتية المتواجدة حاليا في مختلف الدول الأوروبية.

- إعطاء معلومات عن الرقابة الذاتية للإشهار على المستوى الأوروبي.

- تبادل الخبرات والمعلومات مع مختلف أجهزة الرقابة الدولية الأخرى لا سيما غرفة التجارة الدولية.

ثالثا - الرقابة على الإشهار في فرنسا:

يحظى النشاط الإشهاري بفرنسا بتنظيم ذاتي قوي تعود جذوره إلى سنة 1906 حيث تم إنشاء مكتب رقابة الإشهار (B.V. P) والذي يشهد له بالدور الكبير والفعال الذي قام به في تطوير النشاط الإشهاري عموما وفي وضع قواعد تضمن مستوى عال من الشفافية في العملية الإشهارية. وإلى جانب مكتب مراقبة الإشهار، هناك هيئات متخصصة في مراقبة النشاط الإشهاري بفرنسا نذكر منها:

¹ - بن خالد فاتح، م. س، ص 331.

² - L'alliance européenne pour l'éthique en publicité (AEEP).

- جمعية الوكالات الاستشارية في مجال الاتصال¹

يتعلق الأمر بجمعية لاتحاد وكالات استشارية في مجال الاتصال خاصة الوكالات الإشهارية، وتضم أكثر من 200 وكالة اتصالية وإشهارية منذ تأسست سنة 1973، ودورها الرئيسي هو وضع أسس وأخلاقيات للإشهار.

- إتحاد المعلنين²

تأسس سنة 1916 وهو عبارة عن جمعية خاضعة لقانون الجمعيات الفرنسي، ومن مهامه في مجال تخليق الإشهار نذكر:

- العمل على تبني وسائل اتصال مع المستهلكين والاستثمار فيها.

- خلق اتصال مسؤول وواع من خلال وضع قواعد لمجال الإشهار.

- سلطة ضبط الإشهار

يتعلق الأمر بجمعية مهنية خاصة، يتمثل دورها الرئيسي في المساهمة بوضع إشهارات صادقة ومشروعة ضمانا للشفافية التي تصب في مصلحة المستهلكين ومختلف أطراف النشاط الإشهاري. وتمثل سلطة ضبط الإشهار خلاصة لتراكم مراحل مختلفة عرفها مجال الرقابة الذاتية للإشهار. فأول تنظيم ظهر في فرنسا وعنى بهذا المجال هو مكتب مراقبة الإشهار³ الذي أنشأ سنة 1935 وكان يضم ممثلين عن المعلنين ووكالات الإشهار، وكان يستهدف الارتقاء بأخلاقيات وسلوكيات مهنة الإشهار. ولقد ألغي هذا المكتب وعوض بمكتب فحص الإشهار، حيث كان يقوم بفحص الإعلانات الإشهارية قبل وبعد نشرها. وفي سنة 2008 غير هذا المكتب نظامه الداخلي وأبح يسمى سلطة ضبط المهن الإشهارية⁴، وتضم سلطة ضبط المهن الإشهارية ثلاث هيئات تابعة لها، وهي:

¹ - L'association des agences-conseils en communication-AACC.

² - L'union des annonceurs- UDA

³ - L'office de contrôle des annonces- OCA.

⁴ - L'autorité de régulation professionnelle de la publicité- ARPP.

- مجلس أخلاقيات الإشهار¹

يتمثل دوره في مساعدة مجلس إدارة سلطة ضبط المهن الإشهارية في استشراف وتوقع المشاكل الأساسية وتقديم المشورة والنصح والرأي، فيصدر توصيات تتعلق بجوانب عديدة تستهدف ضبط الإشهار عموماً.

- المجلس المتساوي الأعضاء للإشهار²

دوره الأساسي تحذير مجلس إدارة تنظيم المهن الإشهارية من حالات التعدي على القواعد الموضوعة للنشاط الإشهاري.

- محلف القواعد المطبقة في لنشاط الإشهاري³

يتجسد دوره في الفصل في الشكاوى المتعلقة بمحتوى الرسائل الإشهارية المقدمة عبر جميع الوسائط الإشهارية⁴.

- المجلس الوطني للإشهار⁵

على الرغم من وجود العديد من الهيئات المهمة بأخلاقيات الإشهار، إلا أن الرغبة في إيجاد هيئة مركزية تجمع مختلف المتدخلين في النشاط الإشهاري كانت جد ملحة. وهكذا فقد تم في دجنبر من سنة 1976 الإعلان عن إنشاء المجلس الوطني للإشهار، والهدف الأساسي من المجلس هو ترقية ثقة المستهلكين في الإشهار من خلال السهر على وضع أخلاقيات الإشهار وتطبيقها حماية للثقة والشفافية المطلوبة.

أما فيما يتعلق بأنواع الرقابة على الإشهار في القانون المقارن فهي نوعان، قبلية وبعدية:

¹ - Le conseil de l'éthique publicitaire- CEP.

² - Le conseil paritaire de la publicité- CPP.

³ - Le jury de déontologie publicitaire- JOP.

⁴ - بن خالد فاتح، م. س، ص 335.

⁵ - Le conseil national de publicité- CNP.

1 - الفحص المسبق للإعلانات الإشهارية

توجد لجان وهيئات متخصصة بفحص الإعلان من مختلف جوانبه، سواء من حيث قدرته على جلب الانتباه أو الإقناع والتأثير في الجمهور. وتؤدي هذه اللجان عملها في كافة وسائل الإعلان المقروءة والمسموعة والمرئية على حد سواء. فمكتب فحص الإعلان (B.V.P)¹ بفرنسا، والذي سبق وأشرنا إليه، يضم لجانا متخصصة مهمتها تقديم الخدمات الاستشارية الاختيارية، فضلا عن فروع المكتب في التلفزيون الفرنسي التي من جملة مهامها السيطرة على الوسائل الإعلانية على نحو يتفق مع القانون. وتجدر الإشارة إلى أن أولى وسائل الرقابة على الإعلان قبل بثه، هي مسألة تقديم الدليل على صحة ما ورد في الإعلان من معلومات. حيث تعد هذه الوسيلة من أنجع الوسائل لتقويم الإعلان والحيلولة دون قيام المنشآت التجارية بالترويج عن منتجاتها وخدماتها عن طريق الإعلانات الكاذبة.

2 - الرقابة البعدية للإعلانات الإشهارية

تقع على مكتب فحص الإعلان مسؤولية تدقيق الإعلانات والبث في مدى توافقها مع القانون والنظام العام والآداب، متى ما تم بث الإعلان على نحو أدى إلى تضليل المستهلك ووردت بصده شكوى من جهات معينة³ بعد بثه ونشره. وعند اكتشاف مخالفة الإعلان للتشريعات الوطنية الخاصة به وللقوانين الأخرى⁴ أو النظام العام، فإنه يقوم باستدعاء المعلن مطالبا إياه بتبرير الرسالة الإعلانية أو وقف نشرها.

وعلاوة على ذلك يلجأ المكتب إلى ما يسمى بالإعلان التصحيحي، أي قيام المعلن ببناء على طلب الجهة المسؤولة⁵ عن تنظيم الإعلان ومراقبته وحماية المستهلك من الغش والتضليل، بتعديل مضمون الإعلان بصورة تتفق وأهداف القانون. حيث يذكر المعلن أن الرسالة الإعلانية

¹ - إحداث مكتب مماثل لايزال مجرد مشروع لدى قطاع الاتصال في وزارة الثقافة والاتصال المغربية. وبالتالي غياب رقابة قبلية فعالة.

³ - كالمؤسسات التجارية الفردية والشركات.

- جمعيات حماية المستهلك.

- مندوبي المكتب نفسه.

⁴ - كالقانون المدني والتجاري والجنائي.

⁵ - مكتب فحص الإعلان.

السابقة تحتوي معلومات غير صحيحة وأن التصحيح هو المعلومات الجديدة التي يتضمنها إعلان المكتب. ويعتبر الإعلان التصحيحي وسيلة مثلى في تنبيه المستهلك لحالات الكذب والغش في الإعلان¹. نستنتج مما تقدم أن مكتب فحص الإعلان يعد وسيلة فعالة لتنظيم الإعلانات الإشهارية، من شأنها توفير مستوى معقول من الشفافية لصالح المستهلك.

المطلب الثاني: دور الأجهزة الإدارية في محاربة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

تتمثل هذه الأجهزة في القانون المغربي في المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك (الفقرة الأولى) والوزارة المكلفة بالمالية (الفقرة الثانية) واللجنة الاستشارية للتأمينات (الفقرة الثالثة)، ويعكس تدخل هذه الأجهزة نوعاً من التدخل الإداري في العقد يستهدف تنظيم بنوده وشروطه واستبعاد الشروط التعسفية منه كونها تشكل صورة من صور غياب الشفافية وتخل بالتوازن العقدي.

الفقرة الأولى: المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك

ينص القانون 31.08 في المادة 204 منه على أنه: "يحدث مجلس استشاري أعلى للاستهلاك مستقل تناط به على الخصوص مهمة اقتراح وإبداء الرأي حول التدابير المتعلقة بإنعاش ثقافة الاستهلاك والرفع من مستوى حماية المستهلك". ويأتي ذلك في سياق إدماج البعد الاجتماعي في سياسات التنمية، خصوصاً ما تعلق منها بمصالح وحقوق المستهلك²، فهذا المجلس من شأن إحداثه المساهمة في حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود، كما أنه يمكن أن يحدث في حظيرته لجاناً مختصة³، لكنه للأسف لازال لم يخرج إلى حيز الوجود بعد.

1 - بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني التجاري، م. س، ص 142 و 143.

2 - أحلام الكزيري، رئيسة مصلحة حماية المستهلك بوزارة الصناعة والتجارة والتكنولوجيات الحديثة، مداخلة بعنوان: الاستراتيجية الوطنية لحماية المستهلك والإجراءات المتخذة لتفعيلها، أشغال اليوم الدراسي حول: حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والانصات إليه، المنظم من قبل مختبر البحث: قانون الأعمال، الخميس 14 مارس 2013، جامعة الحسن الأول، سطات، ص 13.

3 - المادة 13 من مشروع المرسوم المتعلق بإحداث المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك.

وطبقا المادة 205 من ق. ح. م، جاء مشروع المرسوم المتعلق بإحداث هذا المجلس ليحدد اختصاصاته في المادة الأولى منه كالتالي:

- إبداء آراء استشارية حول مشاريع النصوص المتعلقة بحماية المستهلك المعروضة عليه من طرف السلطات العمومية.
- الإدلاء بآراء استشارية في القضايا العامة أو الخاصة المتعلقة بالدفاع عن حقوق المستهلك وحمايتها واحترامها وتعزيزها.
- إبداء رأيه للسلطات التشريعية والتنفيذية في القضايا التي تهم المستهلك.
- دراسة واقتراح التوجيهات الكفيلة بتعزيز السياسة الحكومية في مجال الاستهلاك وحماية المستهلك.

أما فيما يخص تأليف المجلس، فيترأسه الوزير المكلف بالتجارة والصناعة، أو ممثله (المادة 2 من مشروع المرسوم المشار إليه أعلاه)، ويضم أيضا خمسة ممثلين عن جمعيات حماية المستهلك وخمسة ممثلين عن الجمعيات المهنية، إضافة إلى باحثين اثنين متخصصين في المجال القانوني أو الاقتصادي أو الاستهلاكي (المادة 3). وعلاوة على ذلك، تشارك مجموعة من الوزارات والهيئات في أشغال هذا المجلس (المادة 4).

لا شك أن الأدوار المسندة لهذه المؤسسة ستدعم مركز المستهلك بشكل مهم، فضمن هذه المهام نجد الإدلاء بآراء استشارية في القضايا العامة والخاصة المتعلقة بالدفاع عن حقوق المستهلك، والتي على رأسها حمايته من الشروط التعسفية. لكن يلاحظ أن المشرع لم يمنح المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك مهمة التنسيق بين مختلف الأجهزة الإدارية المكلفة بالدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين، قصد تجاوز العراقيل التي من شأنها الحد من فعالية هذه الأجهزة وتداخل اختصاصاتها¹. كما أن المجلس بقوته الاقتراحية والاستشارية يمكنه تقديم الاستشارة للقضاء حول مدى تعسفية البنود التعاقدية التي قد تثير صعوبة تحديد طبيعتها، لكنها تبقى غير ملزمة للقضاء كونها استشارية فقط مما قد يقلل من فعاليتها.

¹ - المهدي العزوي، تسوية نزاعات الاستهلاك في ضوء القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، سلسلة أعمال جامعية، الطبعة الأولى، 2013، مطبعة المعرف الجديدة، الرباط، ص 126.

أما في فرنسا، فقد تم تأسيس لجنة الشروط التعسفية بموجب قانون 10 يوليوز 1978، وتشغل هذه اللجنة حالياً على ضوء المواد L 132-2 وما يليها و R 132-3 وما يليها من مدونة الاستهلاك. ويتلخص دور لجنة الشروط التعسفية في البحث والتحري والتفحص والتحليل للشروط المزمع تضمينها من طرف المهنيين بنماذج العقود المقترحة على المستهلكين، أو الشروط المألوفة في عقود الاستهلاك، وإذا ما اقتنعت بتعسفية أي منها، ينعقد اختصاصها بإصدار توصيات بإلغاء هذه الشروط أو بطلانها أو تعديلها. وقد صدرت العديد من التوصيات¹ التي تهدف إلى استعادة شفافية بنود العقد وتوازنه².

الفقرة الثانية: دور الوزارة المكلفة بالمالية

تعتبر وزارة الاقتصاد والمالية هي الوزارة الوصية هي الوصية على قطاع التأمين بحكم اختصاصها بمنح الاعتماد لمقاولات التأمين وإعادة التأمين قبل بدء عملياتها بعد التأكد من استيفائها للشروط القانونية³، وإجراء المراقبة اللازمة فيما يخص ممارسة نشاطها⁴، وتمارس الرقابة المذكورة من طرف الإدارة لمصلحة المؤمن لهم والمكتتبين والمستفيدين من العقود والغرض منها الحرص على احترام مقاولات التأمين وإعادة التأمين لأحكام القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه⁵.

ولا يمكن توسيع نطاق المراقبة لغير غرض التحقق من الوضعية المالية الحقيقية لمقولة التأمين وإعادة التأمين التي تمت مراقبتها، وكذا احترام هذه المقولة للالتزامات التي ابرمتها

¹ - مثل:

- التوصية باستبعاد الشروط التي تلزم المستهلك بدفع تعويض للمهني في حالة ممارسته لحقه في التراجع، دون التزام المهني بالتزام مماثل في حال كان مسؤولاً عن عدم التنفيذ.

- التوصية باستبعاد الشرط الذي يمنح المهني حق تعديل سعر الفائدة بالنسبة لعقد القرض أو يعر السلعة أو الخدمة المقترحة من جانب واحد.

- التوصية عدد 04-03 بتاريخ 2004-09-30 حول عقود القرض العقاري، حيث أوصت بحذف 10 شروط تعسفية من نماذج عقود القرض العقاري المقترحة على المستهلكين. انظر: عبد الرفيغ علوي، م. س، ص 147.

² - عبد الرفيغ علوي، م. س، ص 146-147.

³ - المادة 161 من مدونة التأمينات: "لا يحق لمقاولات التأمين وإعادة التأمين أن تبدأ عملياتها إلا إذا تم اعتمادها من طرف الهيئة. ينشر مقرر الهيئة القاضي باعتماد مقولة التأمين وإعادة التأمين بالجريدة الرسمية. تخضع مقاولات التأمين وإعادة التأمين للقواعد الواردة في هذا القانون فيما يتعلق بشروط ممارسة نشاطها وتدابيرها والضمانات المالية التي يجب أن تتوفر عليها ومسك محاسبتها ومراقبتها وتصفياتها وذلك رغم كل الأحكام المخالفة".

⁴ - المادة 242 م. ت.

⁵ المادة 243 م. ت.

تجاه المؤمن لهم أو المستفيدين من العقود. ويجب على مقاولات التأمين أن ترسل للإدارة نماذج عقود التأمين التي ستصدرها لأول مرة قبل إصدارها، ويمكن للإدارة أ، تفرض علاوة على نماذج عقود التأمين إرسال جميع الوثائق ذات الطابع التعاقدية والإشهادي التي تتعلق بعملية التأمين وإعادة التأمين، وإذا تبين أن إحدى الوثائق تخالف الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون أو في النصوص المتخذة لتطبيقه يمكن للإدارة أن تلزم المؤمنين بتغييرها أو سحبها¹.

ويمكن توزيع أو تسليم أو نشر الوثائق في غياب أي ملاحظة من طرف الإدارة داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ التوصل بها²، لأن عدم الجواب هنا يعتبر قبولا، وذلك لإلزام الإدارة أو على الأقل تحفيزها لإبداء ملاحظاتها على الوثائق في أقل الآجال لتحقيق فعالية وجدية هذا النظام الوقائي لتخليق وثائق التأمين ومحاربة الشروط التعسفية، وكذا الحد من الوثائق الإشهادية المضللة أو الكاذبة عن طريق إلغائها أو تغييرها حتى تكون منسجمة مع القوانين والنصوص التطبيقية المطبقة لحماية للطرف الضعيف في العقد.

وإذا لم تحترم مقاولات التأمين قرارات الإدارة بشأن إلغاء الشروط التعسفية أو تعديلها، يمكن لها بعد أن تسمح لمسيرها بتقديم ملاحظاتهم أن توجه إليهم تحذيرا، ويمكنها كذلك وفق نفس الشروط أن توجه للمقولة أمرا كي تتخذ داخل أجل معين كل إجراء يهدف إلى تصحيح ممارستها³. بل ويمكن أن يترتب كجزاء على عدم مراعاة ذلك، سحب الاعتماد من مقولة التأمين المعنية⁴.

الفقرة الثالثة: هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي

يعد قطاع التأمين من بين القطاعات التي أعطى فيها المشرع للدولة إمكانية التدخل لتنظيم السوق التأمينية، وكذا حماية الأطراف المتدخلة في المعادلة التأمينية خصوصا المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية وذلك من خلال فرض حد معقول من الشفافية والوضوح في هذا القطاع. وتتويجا لسلسلة الإصلاحات العديدة التي عاشها قطاع التأمينات نصت المادة

1 - محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، م. س، ص 179.

2 - المادة 247 م. ت.

3 - المادة 251 م. ت.

4 - المادة 265 م. ت.

1 من القانون رقم 64.12 القاضي بإحداث هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي¹ على أن هذه الأخيرة تعتبر شخصا اعتباريا من أشخاص القانون العام تتمتع بالاستقلال المالي وتتألف من: رئيس الهيئة² وكذلك مجلس الهيئة الذي يتضمن مجموعة من الأجهزة مثل المدير العام لمجلس القيم المنقولة، وقاض من محكمة النقض، علاوة على مجموعة من الأعضاء ذوي الخبرة في مجال التأمين³، وإن كان يلاحظ عدم إدراج جمعيات حماية المستهلكين ضمن هيكلها التنظيمي.

ونجد من بين اختصاصاتها اقتراح مشاريع نصوص تشريعية أو تنظيمية لها علاقة بمجال اختصاصها، كما تساهم في الرفع من مستوى التوعية والتحسيس في مجال التأمين، وتسهر على احترام الهيئات الخاضعة لرقابتها لقواعد حماية المؤمن لهم والمستفيدين من عقود التأمين والمنخرطين. كما تقوم بإجراء مراقبة مقاولات التأمين في جميع المراحل من خلال إجبارها على إرسال نماذج من عقود التأمين التي تصدرها لأول مرة، وكذلك جميع الوثائق ذات الطابع التعاقدية والإشهادي التي تتعلق بعملية التأمين وإعادة التأمين، وذلك حسب منطوق المادة 247 من مدونة التأمينات⁴. لكن الإشكال الذي يثار في هذا السياق: هل تتفحص الهيئة جميع الإشهارات للتأكد من مصداقيتها والوقوف على أي حيف يمكن أن يلحق المستهلك؟ وهل تتوفر الهيئة على الموارد البشرية للنهوض بمهمتها على أكمل وجه؟

1 - الظهير الشريف رقم 1.14.10 صادر في 6 مارس 2014 بتنفيذ القانون رقم 64.12 القاضي بإحداث هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي، الجريدة الرسمية عدد 6240 بتاريخ 20 مارس 2014، والمعدل بالقانون رقم 59.13 بتاريخ 25 أغسطس 2016، ج. ر عدد 6501 بتاريخ 19 سبتمبر 2016، ص 6649.

2 - المادة 14 من القانون 64.12.

3 - المادة 16 من القانون 64.12.

4 - المادة 247 م. ت: "...يجب إرسال نموذج كل عقد تأمين تم إصداره إلى الهيئة داخل أجل عشرة (10) أيام الموالية لتاريخ إصداره. غير أنه يمكن للهيئة، إذا ما اعتبرت ذلك ضروريا، أن تلزم مقولة التأمين وإعادة التأمين إرسال نماذج عقود التأمين التي تعتزم إصدارها لأول مرة وذلك قبل إصدارها.

علاوة على نماذج عقود التأمين، يمكن للهيئة أن تفرض كذلك إرسال جميع الوثائق ذات الطابع التعاقدية أو الإشهادي المتعلقة بعملية التأمين أو إعادة التأمين.

إذا تبين أن إحدى هذه الوثائق تخالف الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون أو في النصوص المتخذة لتطبيقه، يمكن للهيئة أن تلزم بتغييرها أو تقرر سحبها.

يمكن توزيع أو تسليم أو نشر الوثائق، في غياب أي ملاحظة من طرفها داخل أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ التوصل بها".

الإجابة واضحة، وهي أن إمكانيات الهيئة محدودة جداً أمام العدد الهائل لوكالات التأمين في السوق المغربي، وبالتالي محدودية الرقابة، خاصة إذا علمنا أن الموارد البشرية للهيئة لا تتجاوز 154 موظفاً¹.

إضافة للهيئة المذكورة نجد العديد من المصالح الإدارية الأخرى التي تشرف على قطاع الاستهلاك بتعدد المنتوجات والخدمات في السوق، وبأدائها لمهامها من حيث المراقبة والزجر تخدم بشكل مباشر أو غير مباشر شفافية العقود الاستهلاكية، سواء من حيث المطابقة (وزارة الصناعة والتجارة)²، أو زجر الغش في البضائع (المكتب الوطني للسلامة الصحية للمنتجات الغذائية: ONSSA)³، أو الصديق في المعاملات (المحتسب)⁴، لكن التشتت وتداخل الاختصاصات يشكل عائقاً حقيقياً يحد من أدوارها⁵.

1 - التقرير السنوي الصادر عن هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي سنة 2018، ص 79.

2 - ظهير 14 أبريل 1987 المتعلق بأدوات القياس.

3 - القانون 25.08 القاضي بإحداث المكتب الوطني للسلامة الصحية للمنتجات الغذائية.

4 - القانون 02.82 المتعلق باختصاصات المحتسب وأمناء الأمة.

5 - للمزيد حول دور الأجهزة الإدارية في حماية المستهلك والعراقيل التي تواجهها، انظر: المهدي العزوزي، م. س، ص 121 وما بعدها، و: أبو بكر مهم، حماية المستهلك من الأضرار الناجمة عن المنتجات المعروضة في السوق، م. س، ص 167 وما يليها.

المبحث الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك في إرساء الشفافية في عقود الاستهلاك

لقد اعتبر بعض الفقه¹ عن حق أن العلاج الناجع لعقود الإذعان هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي، ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معا: الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع لتنظيم عقود الإذعان. ويعتبر من الحقوق الأساسية للمستهلك والتي تضمنها له جميع التشريعات المقارنة²، تمثيل المستهلك والدفاع عن مصالحه عبر جمعيات حماية المستهلك المكونة بصفة قانونية. كما أن مشاركة المجتمع المدني في دعم حماية المستهلك علامة أساسية على حيوية النسيج الاجتماعي والاقتصادي للدولة، لأنه أحد السمات الأساسية لبروز وعي حقوقي بأهمية الظاهرة الاستهلاكية وآثارها الاقتصادية والاجتماعية، وعامل من عوامل نجاح أي سياسة تشريعية تعنى بشؤون المستهلك وحقوقه³.

وتظهر حيوية النسيج الجمعي بالمغرب في مجال الاستهلاك من خلال بروز عدة جمعيات محلية ووطنية ينحصر مجالها في الدفاع عن مصالح المستهلك⁴، سواء تعلق الأمر بالحق في الصحة أو بالحق في حماية المصالح الاقتصادية. ويتجسد دور جمعيات حماية المستهلك في إرساء شفافية عقود الاستهلاك من خلال وسائل وقائية تتمثل أساسا في تعزيز إعلام المستهلك وتوعيته وتأطيره (المطلب الأول)، وأخرى علاجية تظهر في مساهمتها في محاربة الشروط التعسفية في العقود الاستهلاكية (المطلب الثاني).

1 - أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، م. س، ص 231.

2 - Il s'agit de la « class- action » américaine et « l'action en représentation conjointe » en France. Anne SINAY- CYTERMANN, op. cit, p. 258.

3 - أمينة ناعمي، م. س، ص 275.

4 - Bendraoui. Abderrahim, La protection du consommateur au Maroc, REMALD, 2002, n° 36, p. 241.

المطلب الأول: الدور الوقائي لجمعيات حماية المستهلك

تقوم الجمعيات بدور إرشادي وقائي لتوعية المستهلكين بحقوقهم، وهذه الوسائل من شأنها أن تخلق لدى المستهلك الوعي الكامل في كل ما يتعلق بالسلعة من حيث جودتها وملاءمتها للاستعمال بحيث تحول دون وقوعه فريسة للاستغلال من قبل المنتجين وأصحاب المشروعات. مما يفرز سلوكا إيجابيا للمستهلك في إبرام عقود الاستهلاك، حيث يقدم على التعاقد وهو على بينة من أمره. ومن هذه الطرق الوقائية لترسيخ الشفافية في عقود الاستهلاك نجد: التوعية والإعلان المضاد (الفقرة الأولى) ثم المقاطعة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التوعية والإعلان المضاد

تنص المادة 152 من القانون 31.08 على أنه: "تتولى جمعيات حماية المستهلك المؤسسة والعاملة وفقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل المتعلقة بحق تأسيس الجمعيات أن تتولى الإعلام والدفاع والنهوض بمصالح المستهلك وتعمل على احترام أحكام هذا القانون". فالتوعية الاستهلاكية تعني إعداد المستهلك وتزويده بمهارات ومبادئ ضرورية كي يصبح على دراية بموارده ونفقاته واختياراته وأولوياته. ويبرز دور الجمعيات في التوعية والتحسيس والتحذير من مخاطر السلع والخدمات المعروضة في السوق¹، حيث يمكنها القيام بإعلام المستهلك بعدم التزود بها، وكذا إخبار السلطات من أجل سحبها من السوق. وبالتالي فدور التحسيس لا يقتصر على المنتجات والسلع، بل يشمل الخدمات الأساسية للمستهلك كالخدمات البنكية والسكن والاتصال والماء والكهرباء وغيرها².

وتتم هذه التوعية من خلال طبع بعض الدوريات من الصحف أو المجلات أو النشرات الأسبوعية أو الشهرية وتوزيعها على المستهلكين بهدف إمدادهم بالبيانات والمعلومات عن

¹ - Jacqueline JAMET, Développement durable et droit de la consommation- Actions de la CLCV, in : 40 ans de droit de la consommation 1972-2012, Bilan et perspectives, (Actes du colloque « Les 40 ans du droit de la consommation » organisé à l'université de Montpellier I, le 12 décembre 2012, Etudes Teutates, 4 ème trimestre 2013 p. 175 et s.

² - عبد اللطيف بوعلام، م. س، ص 313.

خصائص السلع والخدمات المعروضة في السوق المحلي، وتبصيرهم بأحسن وأجود المعروضات¹، أو من خلال وسائل الاتصال الحديثة كالرسائل النصية والبريد الإلكتروني ومواقع التواصل الاجتماعي المختلفة. ومن بين الجرائد المتخصصة في مجال حماية المستهلك في المغرب، نجد "مع المستهلك" التي تصدرها "العصبة الوطنية لحماية المستهلك" ابتداء من غشت 2000، كما أصدر فرعها بمراكش "أسبوعية المستهلك" فضلا عن إصدار الجمعية المغربية للاستهلاك لنشرة شهرية باللغة الفرنسية تسمى "المستهلك المغربي" منذ سنة 1996². إضافة إلى "دليل المستهلك" الذي هو عبارة عن نصوص قانونية لها علاقة بالمستهلك يتكون من 620 صفحة ومنشورات عديدة أخرى، إلا أن تأثيرها يبقى محدودا³. وإضافة للإعلام المكتوب، تعتمد جمعيات المستهلكين على نشر الوعي الاستهلاكي عبر الإعلام السمعي البصري حيث تمكنها من التواصل مع فئة عريضة من المستهلكين، لكن العائق المادي يقف حاجزا أمامها حيث تعجز عن تمويل الوصلات التوعوية على الإذاعات والقنوات التلفزية، وهو ما دفعها لاعتماد المواقع الإلكترونية كوسيلة بديلة.

وتستهدف حملات الجمعيات توعية كافة الفئات العمرية بهدف خلق وعي لدى المواطن وحمايته أي خرق لحقوقه، وهو ما يتوافق مع مبادئ الأمم المتحدة (صيغة 1999) التي نصت على أنه: "ينبغي على الحكومات أن تشجع وضع برامج لتوعية المستهلكين وتزويدهم بالمعلومات، بما في ذلك المعلومات المتعلقة بتأثيرات اختيارات المستهلكين وسلوكهم على البيئة... وينبغي أن يكون الهدف من هذه البرامج تمكين أفراد الشعب من التصرف كمستهلكين واعين، قادرين على اختيار السلع والخدمات اختيارا واعيا ومدركين لحقوقهم ومسؤولياتهم... وينبغي إشراك مجموعات المستهلكين وغيرها من منظمات المجتمع المدني في جهود التوعية هاته"⁴.

¹ - من أبرز هذه الصحف في فرنسا نجد Que choisir و 60 Millions de consommateurs.

² - إبراهيم المامون، جمعيات حماية المستهلك، م. س، ص 187.

³ - Abderrahim BENDRAOUI, Les associations des consommateurs au Maroc un nouveau segment de l'association civile, REMALD, n° 49, éd. Annajah al jadida, 2004, p. 327.

⁴ - مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لحماية المستهلك، بصيغتها الموسعة لسنة 1999.

أما الدعاية المضادة، فتعني قيام جمعيات حماية المستهلك بنشر أو توزيع انتقادات مكتوبة (بالصحف أو المطبوعات أو الملصقات...) أو مسموعة (عن طريق الراديو مثلاً) أو مرئية (من خلال التلفزيون مثلاً) للمنتجات أو الخدمات الموجودة بالسوق المحلي¹. ويجوز استخدام هذا الأسلوب لأنه مظهر من مظاهر حرية التعبير ووسيلة للضغط على المنتجين، خاصة إذا كان صادراً عن جمعيات هدفها مصلحة المستهلكين، وقد تقبل القضاء الفرنسي مثل هذا النقد لكونه مجرداً وموضوعياً² وكذلك لسمو هدفه المتمثل في حماية الطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية، عكس تلك الانتقادات التي تصدر من تجار منافسين بقصد التشويه³.

الفقرة الثانية: المقاطعة

تطلب جمعيات حماية المستهلك، في بعض الأحيان، من جمهور المستهلكين التوقف أو الامتناع عن شراء سلعة أو خدمة معينة، وهناك فرق واضح بين الدعاية المضادة والمقاطعة، حيث تتخذ هذه الأخيرة شكل الطلب أو الأمر الصادر من الجمعية إلى المستهلكين بالتوقف عن شراء السلع أو المنتجات الضارة بصحة أو سلامة هؤلاء أو لارتفاع أسعارها بشكل مبالغ فيه أو لغيرها من الأسباب التي تراها الجمعية كمبرر لهذا التوجيه⁴.

والامتناع عن الشراء قد يكون موجهاً ضد محل تجاري محدد أو شركة، أو ضد منتج ثبتت عدم صلاحيته للاستهلاك أو خطورته، إلا أنه بالنظر لخطورة هذه الوسائل على المهنيين والتجار فإنه يشترط أن يكون الهدف من استعمالها الدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين، وأن يتم إخبار المهني بشكل مسبق بالوسائل التي تزعم نهجها⁵، وذلك حتى تترك له الفرصة لتدارك الأمر.

1 - حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص 113.

2 - محمد بودالي، م. س، ص 686.

3 - رمزي بيد الله علي حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، م. س، ص 247.

4 - حمد الله محمد حمد الله، م. س، ص 114.

- Isabelle PINGEL, La protection de la partie faible en droit international privé (du salarié au consommateur), R.D. Social, 1986, p. 133-139.

5 - عبد اللطيف بوعلام، م. س، ص 315.

إلا أن ما يحول دون قيام هذه الجمعيات بدور أكثر فعالية في مجال إعلام المستهلكين هو عامل الأمية الذي يجعل جانبا كبيرا من المواطنين لا يتواصل وخارج كل تأطير، فضلا عن ضعف مساهمة الدولة والشركات في التوزيع المجاني لهذه الجرائد الموجهة للمستهلك، كما أن ضعف الموارد المالية لهذه الجمعيات يجعلها لا تستطيع ولوج وسائل الإشهار على نطاق واسع كما هو الشأن بالنسبة للمهنيين، الأمر الذي يحد من تواصلها وفعاليتها.

لكن بالرغم من هذه الإكراهات، فإن ذلك لا يقلل من أهمية النشاطات العديدة للجمعيات في مجال إعلام وتحسيس المستهلكين، وما يؤكد ذلك تنظيمها لندوات حول مواضيع شتى منها: سلامة المنتجات الغذائية والتسمم ومخاطر القروض وغيرها، كما تشارك في الندوات المنظمة من السلطات العمومية والقطاع الخاص والبرامج التلفزية والإذاعية المهمة بشؤون الاستهلاك وحقوق المستهلكين. وأمام عدم نجاعة الجانب الإعلامي الوقائي، لا يتبقى أمام جمعيات حماية المستهلك سوى اللجوء إلى القضاء كحل علاجي للمشاكل التي قد تعترض مصالح المستهلكين¹.

المطلب الثاني: الدور العلاجي لجمعيات حماية المستهلك

أمام عدم فعالية الدور الوقائي يفتح المجال لجمعيات حماية المستهلكين للقيام بدور علاجي يتمثل في ممارسة حقها في تمثيل المستهلك أمام القضاء دفاعا عن مصالحه. لكن تقف أمام ولوج المستهلك إلى العدالة مجموعة من الحواجز (الفقرة الأولى)، وذلك رغم كون حق رفع الدعوى من الحقوق الأساسية المكفولة لكل شخص متضرر حسب الفصل 19 من الدستور المغربي لسنة 2011، وهو ما ترجمه القانون 31.08 من خلال الباب الثاني من القسم السابع²، كلما تعلق الأمر بمخالفة القواعد القانونية، حيث يمكن للمستهلك رفع مجموعة من الدعاوى التي تهدف إلى حماية مصالحه، لكن ما يهمنا في سياق دراستنا هي دعوى إبطال الشروط التعسفية (الفقرة الثانية).

¹ - إبراهيم المامون، م. س، ص 188.

² - الفصول من 157 إلى 165 ق. ح. م.

الفقرة الأولى: صعوبة ولوج المستهلك إلى العدالة

يبقى اللجوء إلى القضاء من طرف المستهلك من الأمور المتاحة له بمقتضى القانون من أجل استرجاع حقوقه وإلزام المهني بتنفيذ التزاماته، غير أنه غالباً ما يعزف المستهلكون عن اللجوء إلى القضاء لعدة أسباب من بينها:

عائق نفسي: يتمثل في شعور المستهلك بأنه وحيد وضعيف أمام مؤسسات كبيرة ذات إمكانيات ضخمة يصعب مواجهتها بإمكانياته البسيطة¹، وكذا الخوف الذي يثيره المحاكم عادة في نفوس المستهلكين، مما يجعلهم يفضلون عدم مقاضاة المهنيين.

عائق مادي: يضطر المستهلك إلى قبول الالتزامات المجحفة دون اللجوء إلى القضاء، إما لكونه ذو إمكانيات ضعيفة، وبالتالي يعجز عن التكفل بالمصاريف القضائية وأتعاب المحامي، أو أن مصاريف المتابعة القضائية قد تكون أحياناً أكبر بكثير من التعويض الذي قد يحصل عليه².

عائق زمني: تتميز المساطر القضائية بالبطء الشديد، وبالتالي إذا أراد المستهلك اللجوء إلى القضاء، فقد يضطر إلى الانتظار لشهور طويلة من أجل الحصول على حقوقه، في حين أنه محتاج للحصول على تلك الخدمة أو السلعة في أقرب وقت.

عائق ثقافي: يتمثل في جهل أغلب المستهلكين لحقوقهم المكفولة لهم قانوناً في مواجهة المهنيين، ولذلك لا يلجؤون إلى القضاء للمطالبة بها.

ولهذه الاعتبارات، تم منح الجمعيات الحق في تمثيل المستهلكين أمام القضاء بمقتضى المادة 157 ق. ح. م حيث جاء فيها:

1 - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، م. س، ص 132.
2 - أبو بكر أحمد الأنصاري، الحماية الجنائية للمستهلك، دراسة مقارنة بين القانون المغربي والقانون الليبي، أطروحة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1996-1997، ص 30.

"يمكن للجامعة الوطنية ولجمعيات حماية المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة العامة¹ طبقاً لأحكام المادة 154 أن ترفع دعاوى قضائية أو أن تتدخل في دعاوى جارية، أو أن تنصب نفسها طرفاً مدنياً أمام قاضي التحقيق، للدفاع عن مصالح المستهلك، وتمارس كل الحقوق المخولة للطرف المدني والمتعلقة بالأفعال والتصرفات التي تلحق ضرراً بالمصلحة الجماعية للمستهلكين. غير أن جمعيات حماية المستهلك غير المعترف لها بصفة المنفعة العامة والتي يكون غرضها حصرياً هو حماية المستهلك، لا يمكن أن تمارس الحقوق المخولة لها بمقتضى الفقرة الأولى أعلاه إلا بعد حصولها على إذن خاص بالتقاضي من الجهة المختصة وحسب الشروط التي يحددها نص تنظيمي...²"، كما يحق لها التدخل والانضمام في الدعاوى الجارية والوقوف إلى جانب المستهلك لشرح موقفه أمام القضاء المدني حينما يكون موضوع الدعاوى الأصلية تعويض الضرر الحاصل لواحد أو أكثر من مستهلك، لكن لا يجوز للجمعية التدخل حينما يكون موضوع الدعاوى الأصلية إبطال أو فسخ العقد أو حينما يكون المستهلك في مركز المدعى عليه. فالضرر اللاحق بمستهلك واحد أو عدة مستهلكين هو الذي يعطي الجمعية الصفة للتقاضي باسم المستهلكين³.

وكذلك المادة 106 من قانون حرية الأسعار والمنافسة التي خولت لجمعيات حماية المستهلكين المعلن أنها ذات منفعة عامة أن تنتصب كطرف مدني أمام القضاء الجنائي، أو أن تحصل على تعويضات عن الضرر اللاحق بالمستهلكين بنا على دعاوى مدنية مستقلة به. وهذا ما كرسته المادة 157 من القانون 31.08 المشار إليها أعلاه، حيث تجاوزت بذلك القواعد القانونية التقليدية التي تشترط الصفة والمصلحة المنصوص عليهما في المادة 1 من ق. م. م.

¹ - مرسوم رقم 2.12.462 صادر في 17 من ذي الحجة 1443 (14 نوفمبر 2012) بتحديد النظام الأساسي النموذجي لجمعيات حماية المستهلك التي يمكن الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة. ج. ر عدد 6107 بتاريخ 10 ديسمبر 2012، ص 6279.

² - تقابلها المادة L 422-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي:

- Art. L 422-1 : « Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre Ier peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs ».

³ - محمد الهيني، إشكالية تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء، مجلة في رحاب المحاكم، العدد 2، شتنبر 2009، ص 89.

والمادة 7 من ق. م. ج، وكذا اعتبار النيابة العامة هي الحامية الوحيدة للمصلحة الجماعية التي تنتظم داخل المصلحة العامة. وهو ما من شأنه توسيع النطاق الحقوقي لعمل هذه الجمعيات في كل القضايا التي تدخل في مجال الدفاع عن مصالح المستهلكين¹. أيضا المادة 24² من الظهير الشريف القاضي بإحداث الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري³، تخول للجمعيات ذات المنفعة العامة تقديم الشكايات للمجلس الأعلى السمعي البصري المعلقة بخرق أجهزة الاتصال السمعي البصري للقوانين والأنظمة المطبقة على قطاع الاتصال، وما يهمنها في هذا السياق، هو تلك الخروقات التي تمس حقوق المستهلك.

غير أن قانون الملكية الصناعية 17.97 لم يشترط حصول الجمعيات على صفة المنفعة العامة للتقاضي للمطالبة بالتعويض عن الضرر المترتب عن جريمة الاستعمال المباشر أو غير المباشر لبيانات المصدر⁴ أو المنشأ⁵ بكيفية كاذبة بهدف تغليب المستهلك⁶، حيث جاء في المادة 183 من ق. م. ص على أنه: "يمكن إقامة الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة لمعاقبة الأفعال غير المشروعة المنصوص عليها في المادة 182⁷، كما يمكن إقامتها من طرف أي متضرر للمطالبة بالتعويض، سواء كان شخصا ذاتيا أو معنويا أو جمعية أو نقابة ولا سيما

1 - عبد اللطيف بوعلام، م. س، ص 317.

2 - المادة 4 من ظهير 2002/08/31: "يمكن أن يتلقى المجلس الأعلى للاتصال السمعي - البصري من المنظمات السياسية أو النقابية أو الجمعيات المعترف لها بصفة المنفعة العامة، شكايات متعلقة بخرق أجهزة الاتصال السمعي - البصري للقوانين أو للأنظمة المطبقة على قطاع الاتصال السمعي - البصري...".

3 - ظهير الشريف رقم 1-02-212 صادر في 22 من جمادى الآخرة 1423 (31 أغسطس 2002) يقضي بإحداث الهيئة العليا للاتصال السمعي- البصري، كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-03-302 الصادر في 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003)، والظهير الشريف رقم 1-07-189 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، والظهير الشريف رقم 1-08-73 صادر في 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008).

4 - حسب المادة 180 ق. م. ص، فبيان المصدر هو العبارة أو الشارة المستعملة للدلالة على أن منتجات أو خدمات ما مصدرها من دولة أو مجموعة بلدان أو مكان معين.

5 - المادة 181 ق. م. ص: "تسمية المنشأ هي الاسم الجغرافي الذي يطلق على بلد أو جهة أو مكان ويستعمل لتعيين منتج يكون متأسلا منه وترجع جودته أو سمعته أو مميزاته الأخرى المحددة بصورة حصرية أو أساسية إلى الوسط الجغرافي الذي يشتمل على عوامل طبيعية وعوامل بشرية".

6 - وهو ما أكده ذ. فؤاد معلال، شرح القانون التجاري المغربي الجديد: نظرية التاجر والنشاط التجاري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الآفاق المغربي، 2008، ص 333.

7 - المادة 182 ق. م. ص: "يعتبر غير مشروع:

أ) - الاستعمال المباشر أو غير المباشر لبيان كاذب أو خداع يتعلق بمصدر منتج أو خدمة بهوية المنتج أو الصانع أو التاجر.

ب) - الاستعمال المباشر أو غير المباشر لبيان جغرافي أو تسمية منشأ كاذبة أو خداعة أو تقليد بيان جغرافي أو تسمية منشأ حتى ولو كان مشارا إلى منشأ المنتج الحقيقي أو كانت التسمية مترجمة أو مشفوعة بعبارات مثل: "النوع" أو "الطريقة" أو "التقليد" أو ما شابه ذلك".

المنتجين أو الصناع أو التجار الذين يمكنهم التعرف بصورة صحيحة على منتجاتهم أو خدماتهم مع البيان أو التسمية المقصودة أو من طرف الجمعيات التي تمثلهم لهذا الغرض. دون إخلال بحقوقهم في اللجوء إلى الطريق المدني أو المطالبة بالإجراءات التحفظية".

ورغم أن كل الدعاوى تهدف إلى حماية مصالح المستهلكين الجماعية والفردية، إلا أننا نرى أن دعوى إبطال الشروط التعسفية هي الأقرب إلى إرساء الشفافية في العقود التي تربط المستهلكين بالمهنيين.

الفقرة الثانية: دعوى إبطال الشروط التعسفية

لقد خول المشرع الفرنسي للمستهلك المطالبة بإبطال الشرط التعسفي بمقتضى الفصل L 623-1 من مدونة الاستهلاك¹ على أنه يمكن لجمعيات حماية المستهلك المنصوص عليها في الفصل الأول من نفس القانون، أن تطلب من القضاء المدني استصدار أمر بإلغاء الشروط التعسفية من العقود أو نماذج العقود التي اعتاد المهنيون اقتراحها على المستهلكين²، كما يمكنها أيضا المطالبة بحذف الشروط غير المشروعة هي الأخرى بعدما لم يكن قانون 1988 يخولها ذلك، حيث أنه قبل صدور القانون الفرنسي رقم 344-2014 المؤرخ في 17 مارس 2014 والمعروف بقانون هامون³ Loi Hamon لم يكن لجمعيات حماية المستهلك الحق في أن تطلب من القضاء إبطال الشروط التعسفية إلا في حالة تسويق العقد موضوع الطلب، حيث إن الغرفة

¹- Art. L 623-1 : « Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 811-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales, relevant ou non du présent code, ou contractuelles :

1° A l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ainsi que dans le cadre de la location d'un bien immobilier.

2° Ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

² - Sophia DOUAIR, L'action en justice des associations de consommateurs en matière de clauses abusives, Master professionnel en droit du marché : Consommation et Concurrence, université de MONTPELLIER I, Centre de droit de la consommation et du marché, année universitaire 2007-2008, p 26.

³ - Loi n° 344-2014 du 17 mars 2014, JO du 18 mars 2015.

المدينة لمحكمة النقض كانت تعتبر أن المحاكم لا يمكنها أن تثبت في العقود المستقبلية أو المحتملة التي لم يتم تسويقها¹. لكن القانون المذكور أعلاه، سمح لجمعيات حماية المستهلك بأن تطلب من القضاء إبطال الشروط التعسفية من نماذج العقود المقترحة على المستهلكين وكذلك العقود التي لم يتم اقتراحها بعد². وهو ما أكدته قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 23 يناير 2013، والقاضي بإبطال الشروط التعسفية المدرجة في الوثائق التعاقدية المقترحة من طرف الأبنك على زبائنهم في الدعوى المقدمة من طرف إحدى جمعيات حماية المستهلك³. وهو نفس الاتجاه سلكه المشرع الاستهلاكي المغربي من خلال المادة 162 من ق. ح. م التي نصت على أنه: "يمكن للجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك المشار إليها في المادة 157، أن تطلب من المحكمة التي تنظر في الدعوى أو الدعوى التابعة أن تأمر المدعى عليه أو الظنين، بإيقاف التصرفات غير المشروعة أو حذف شرط غير مشروع أو تعسفي في العقد أو نموذج العقد المقترح أو الموجه إلى المستهلك".

فبمقتضى هذه المادة يمكن لجمعيات حماية المستهلك أن تؤثر مباشرة في مضمون عقود الاستهلاك التي يقترحها المهنيون على المستهلكين، وذلك من خلال تطهيرها من الشروط التعسفية ومن ثم استرجاع التوازن المطلوب بين طرفي العقد الاستهلاكي. وهذا يعني أن الأمر لا يقتصر على الشروط التعسفية الواردة في المادة 18 من ق. ح. م، بل يشمل كل شرط من شأنه إحداث اختلال في التوازن بين حقوق والتزامات المستهلك والمهني، ما دامت تلك اللائحة قد أوردتها على سبيل المثال لا الحصر.

لكن الملاحظ أن تدخل جمعيات حماية المستهلك في هذه الحالة مرهون بكون المستهلك مدعيا بينما في أغلب الأحيان وخاصة فيما يتعلق بالقروض الاستهلاكية يكون مدعى عليه، ويكفي الإشارة لهذا الحق في التدخل أمام المحكمة التي تنظر في الدعوى أو الدعوى التابعة دونما الإشارة إلى مركز الأطراف وكون الطرف المهني مدعى عليه أو ضئيل. لكن من أهم

¹ - 1^{ère} civ, 1^{er} février 2005.

² - عبد الرافع علوي، حماية المستهلك المقترض من الشروط التعسفية، القرض الاستهلاكي والقرض العقاري، الطبعة الأولى، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، 2021، ص 145.

³ - Civ, I, 23 janvier 2013, n° 10-21177, 10-22815.

الآليات التي جاءت بها المادة السالفة هي إمكانية حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود المقترحة أو الموجهة إلى المستهلك، وهو ما يوفر شفافية قبلية للمستهلك. كما أنه في حالة استجابة المحكمة للطلب، فإن الأمر الصادر عنها يكون مقرونا بغرامة تهديدية تحددها المحكمة، ومشمو لا بالنفاذ المعجل¹. فهذه الآلية جد فعالة لتطهير العقد الاستهلاكي من الشروط التعسفية، بالإضافة إلى أن المحكمة يمكن أن تأمر بنشر الحكم الصادر عنها بالوسائل التي تحددها²، وهو ما سيسهم في تعميم الفائدة وتجنب الشروط التعسفية المماثلة. إضافة لما سبق، يمنح القانون المغربي لجمعيات حماية المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة العامة حق الانتصاب طرفا مدنيا أما قاضي التحقيق والتدخل في دعوى جارية³ أمام القضاء والانضمام إلى دعوى فردية إلى جانب المستهلك لتقوية موقفه ومآزرته لاستيفاء حقه عن طريق حذف شرط تعسفي أو شرط غير مشروع، وتملك الجمعية المطالبة بحق لها مستقل عن حق المستهلك في الدعوى الأصلية⁴.

ويعد الاعتراف للجمعيات بحق ممارسة هذه الدعوى بالضبط⁵، من صميم الأهداف التي وضعت من أجلها مقتضيات قانون الاستهلاك، فالمستهلك كطرف ضعيف قانونيا ومعرفيا وفنيا، يغلب عليه الاعتقاد بأنه ملزم بكل تلك الشروط وبالشكل والمضمون الذي وردت به، وبأن تصرفاته لا تصح إلا بالالتزام بها، لدرجة أنه لا يفكر تماما في مراجعتها أو التفاوض بشأنها أو المطالبة بإلغائها، وهو الأمر الذي يؤكد جهله بالمقتضيات القانونية التي تضمن له حرية اتخاذ القرار والاختيار دو الخضوع لأي تأثير خارجي، وتقع مسؤولية التوعية على عاتق هذه الجمعيات المتفرغة للدفاع عن حقوق المستهلك.

1 - الفقرة 3 من المادة 162 ق. ح. م: "تطبق الغرامة التهديدية ابتداء من اليوم الثامن الموالي لتاريخ الأمر إذا صدر حضوريا، وابتداء من اليوم الثامن الموالي ليم التبليغ إذا لم يصدر حضوريا، ما لم تحدد المحكمة أجلا آخر لتطبيق الغرامة لا يتعدى ثلاثين يوما".

2 - المادة 165 ق. ح. م: "يمكن للمحكمة التي تنتظر في الدعوى أن تأمر بنشر الحكم الصادر عنها بالوسائل التي تحددها ويتم هذا النشر طبقا للشروط وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي. تتم عملية النشر على حساب المحكوم عليه أو الطرف الذي خسر الدعوى".

3 - الفقرة الأولى من المادة 157 ق. ح. م.

4 - عبد الرفيق علوي، م. س، ص 92.

5 - غير أن الفقرة الأولى من المادة 157 ق. ح. م حصرت هذا الاختصاص على الجامعة الوطنية لحماية المستهلك، وهي هيئة تضم جمعيات حماية المستهلك التي تتمتع بصفة المنفعة العامة. أما تلك التي لا تتوفر على هذه الصفة فيلزمها إذن خاص بذلك.

ونخلص أخيرا إلى أن لجوء جمعيات المستهلكين إلى تفعيل هذه الدعوى كلما تعلق الأمر بشرط تعسفي يخل بتوازن عقد الاستهلاك، من شأنه أن يردع المهني ويرغمه بالتالي على اعتماد عقود شفافة ومتوازنة بما يضمن حقوق طرفي العلاقة التعاقدية الاستهلاكية¹، وبذلك يكون المشرع المغربي قد قام برأب الصدع فيما يتعلق بتدخل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء عبر منحها آليات متعددة لتفعيل هذا التدخل ولو في ظل نقائص وعراقيل عديدة لا زالت تحد من فعاليتها وآثار نشاطها².

¹ - بالرغم من الانتقادات التي قد توجه لهذه الآلية. انظر: المهدي العزوزي، م. س، ص 176.

² - Léna BOJKO, Les limites à l'efficacité des associations des consommateurs, Master professionnel Consommation et Concurrence, université de MONTPELLIER, Centre de droit de la consommation et du marché, année universitaire 2012-20132, p. 46-48.

الخاتمة

من خلال معالجتنا لمختلف جوانب موضوع الشفافية في عقود الاستهلاك، نصل في نهاية هذا البحث إلى بسط أهم ما توصلنا إليه من نتائج فك الخيوط المتشابكة لهذه الدراسة. لقد حاولنا جهد الإمكان أن نتناول بالدرس أحد أهم مظاهر التباعد بين التنظيم القانوني والواقع العملي في منظومتنا القانونية، وقد اخترنا من أجل ذلك الاعتماد على مزايا عدة مناهج بدل الاقتصار على منهج واحد يحصر آليات التحليل في زاوية واحدة يحتمل أن تصبح مغلقة في بعض الفروض التي تتطلب تحليلا من نوع خاص.

إذ مكننا هذا الموضوع من الاقتراب أكثر من المنهج المقارن، وزيادة الاهتمام بالمنهج التحليلي وتعميق معارفنا في الاستدلال القانوني. وقد ساعدنا كل ذلك على تجاوز الصعوبة المنهجية التي طرحت أمامنا بمناسبة هذا البحث، والمتمحورة أساسا حول المفارقة الغربية التي تسيطر على هذا الموضوع، وهي الاعتراف التشريعي بأهمية شفافية عقود الاستهلاك من جهة، ومحدودية الجهود الفقهية والقضائية المكرسة لهذا الاعتراف من جهة ثانية.

وبيان ذلك، أنه مقابل زخم تشريعي يعترف بلزوم ضمان شفافية عقود الاستهلاك، حيث لا يخلو قانون ذي صلة بمجال الاستهلاك من الإشارة إلى ضرورات وسبل تحقيق الشفافية لمصلحة المستهلك، وفي مقابل ذلك نلاحظ أنه، ورغم الاجتهادات القضائية المتواترة في هذا المجال، لا زال القضاء يتعامل مع هذا الموضوع من باب الضرورة التي لا محيد عنها أو في ظل الواجب الذي يفرضه عليه القانون، ويبقى اجتهاده محدودا ومركزا في عقود بعينها دون أن تعمم على مختلف التعاقدات التي يقدم عليها المستهلك في علاقته بالمهني.

أما الفقه، فقد باشر بالتحليل والنقد الحماية القانونية ذات الصلة بعقود الاستهلاك بصفة عامة لكنه لم يتطرق بعد لمفهوم الشفافية بشكل مباشر ودقيق، حيث لا يزال ذلك حكرا على العقود الخاضعة للقانون العام كالصفقات العمومية مثلا حيث يحضر هذا المفهوم بقوة في الخطاب الفقهي. في حين نسجل سبق واهتمام الفقه المقارن بوضوح بمفهوم الشفافية في عقود القانون الخاص بشكل مباشر، وإن كان ليس بالوفرة المطلوبة. مما يؤكد أم مفهوم الشفافية لا يزال حديث الالتحاق بمجال العقود خاصة والقانون الخاص عامة.

ولقد أدت هذه العمومية في تطرق أغلب الفقه لموضوع الشفافية في عقود الاستهلاك ومحدودية الاجتهاد القضائي في تغطية كل العقود الاستهلاكية إلى تراجع الاهتمام بموضوع ضمان الشفافية لمستهلكي السلع والخدمات، ليترك هؤلاء فريسة سهلة بين يدي المهنيين الذين يعتمدون ممارسات تسويقية غير نزيهة، ويفرضون عقودا نموذجية تحمل كل أشكال الحيف والإجحاف.

كما راهنا في دراستنا هاته على جعل مفهوم الشفافية منارا استرشدنا به للبحث في مختلف المقترضات القانونية والاجتهادات القضائية التي تصب في هذا الاتجاه وإن بشكل غير مباشر، وهو ما مكننا بعد الدراسة والتحليل والمقارنة من الوقوف على محدودية الشفافية التي يتمتع بها المستهلك على مستوى الواقع.

إذ تأكد عدم مجارة النظرية العامة للعقود للتطورات المتسارعة التي يشهدها الحقل التعاقدي عامة والاستهلاكي خاصة، وذلك جراء التطور الصناعي والتكنولوجي الذي أفرز منتجات وأساليب تسويق وطرق تعاقد لم يعهدها قانون الالتزامات والعقود من قبل. هذا العجز يظهر بجلاء من خلال انتشار مختلف مظاهر غياب الشفافية، كعدم احترام الموردين لالتزامهم بتنوير رضاء المستهلك، بل ويعمدون إلى إدراج شروط مجحفة في عقودهم "المقترحة" على المستهلكين، حيث أصبحنا نعيش أزمة العقد.

ورغم أننا انتظرنا طويلا صدور قانون خاص بالاستهلاك بالمغرب واستبشرنا خيرا عند صدوره سنة 2011، إلا أن مقاربته لحقوق المستهلك جاءت مغرقة في الشكلائية، للحد الذي جعلنا نتساءل عن ماهية الشفافية التي يريدها المشرع: هل هي مضمون وقناعات وأخلاق وثقافة أم هي وثائق فقط؟

فلم يبق أمامنا بعد هذا الجرد سوى التأكيد والرهان على دور أكثر جرأة وشمولية للقضاء المغربي، من خلال استهداف مباشر لمكامن الهشاشة في منظومتنا الحمائية ذات الصلة بعقود الاستهلاك التي يذعن لها المستهلك مضطرا وغير ملم بحقوقه وغير مقدر لحجم التزاماته.

لكن وقبل اللجوء إلى القضاء، هناك دور توعوي وتأطيري كبير ينتظر جمعيات المجتمع المدني الناشطة في مجال الدفاع عن حقوق المستهلك. حيث نرى أن المنتظر منها هو التركيز على مظاهر التعسف في العقود التي يقبل عليها المستهلك في حياته اليومية، بدل الركون إلى تنظيم ندوات وأيام دراسية تنسم بالعمومية والسطحية ولا تتجاوزها إلى استقراء الواقع من خلال الدراسات الميدانية واستطلاعات الرأي ودراسة نماذج العقود بالشاركة مع المختصين والخبراء القانونيين وتوجيه المستهلك إلى ما يخدم مصلحته بما يجعله ندا حقيقيا للمهني بدل الإذعان والخضوع.

ولكي تتحلى خاتمنا هي أيضا بالشفافية والموضوعية، لا بد أن نسجل أن هناك نقاط ضوء كبيرة في قانون تدابير حماية المستهلك، كالالتزام بالإخبار وحق التراجع... إلخ، يجب البناء عليها للوصول إلى الأهم ألا وهو تحقيق مستوى عال من الشفافية في التعاقدات الاستهلاكية بما يستجيب لمصلحة طرفيها. وفي هذا السياق نرى أن فعالية كل ذلك يمكن تكريسها في رأينا من خلال المقترحات التالية:

على مستوى إبرام العقد الاستهلاكي

- أهمية تدخل المشرع لإقرار أحكام خاصة بالإشهار في مجال التأمين على غرار ما هو عليه الأمر في مجال القروض الاستهلاكية والقروض العقارية وذلك لإرساء الشفافية المطلوبة في هذا القطاع الهام.
- ضرورة سد الثغرة الموجودة في تنظيم المشرع للعرض المسبق، أي ضرورة استعمال عبارات واضحة ومفهومة عوض مصطلحات قانونية مهجورة وغامضة، فلا يكفي التنصيص على إلزامية تحرير العقد باللغة العربية، وإنما يجب أن تعتمد في كافة مراحل العقد انطلاقا من الإعلانات والإشهارات مرورا بالعرض المسبق وانتهاء بالعقد النهائي.
- التوسع في مفهومي التدليس والاكراه واستعمالهما كأداتين لردع قيام الطرف القوي في العقد محل البحث باستغلال الظروف التي تواجد فيها الطرف الضعيف مستفيدا بذلك من وضعه الاقتصادي والمعرفي المتميز.

- التوسع في الأخذ بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في المنازعات المتعلقة بالعقد محل البحث كوسيلة فنية جديدة صالحة من الناحية القانونية وفعالة من الناحية الواقعية للقضاء على اختلال التوازن القائم بين الطرفين في المرحلة السابقة على التعاقد.
- بالنسبة للشروط المعدة مسبقا من طرف المهنيين، ولإعادة التوازن بين المستهلكين وهؤلاء المحترفين، فيجب رفض إعطائها أدنى أثر إلا إذا ثبت قبول الطرف الضعيف لها بشكل قاطع كما ذهب القضاء الفرنسي في هذا الشأن.
- تجريد الشروط والبنود المدرجة في وثائق العقد أو أي أوراق ملحقة بالعقد الأصلي من أية قيمة في إلزام الطرف الضعيف ما لم يتوافر شرطان حددهما القضاء الفرنسي وهما:
 - التحقق من توافر علم هذا الأخير بأنها تشكل جزء من العقد.
 - التحقق من توافر وعي وإدراك المستهلك لما اتصل بعلمه منها.
- على مستوى القروض الاستهلاكية خصوصا يجب إلزام مهنيي القروض، وخاصة البنوك ومؤسسات التمويل، ببيان التكلفة الإجمالية للقرض بشكل دقيق وتسليم الوثائق التعاقدية لكل من يتعاقد معها ومنع الشروط التعسفية وأساليب الإشهار المظلمة، وتقنين طرق التعاقد المفاجئة، وخاصة البيع بالتجوال والأساليب المشابهة.

على مستوى تنفيذ العقد الاستهلاكي

- إلغاء الإحالات الواردة في قانون الاستهلاك على ق.ل.ع، وتعويضها بتنظيم خاص للضمان الاتفاقي للعيوب والسلع والمنتجات يتماشى مع قوانين الاستهلاك الحديثة.
- ضرورة التمييز بين الأحكام المنتظمة للضمان الاتفاقي وأحكام خدمة ما بعد البيع، عوض جمعها في أحكام مشتركة حتى يتسنى للمستهلك التمييز بينها ويعرف حدود حقوقه والتزامات المورد.
- تحديد دقيق للالتزام بالمطابقة، وتكريسه بشكل صريح باعتباره وسيلة وقائية تقتضي مطابقة المنتجات والخدمات لما تعاقد عليه المستهلك مع المورد.
- تشديد العقوبات الجزرية على مخالفة أحكام القانون 31.08 خاصة تلك التي تستغل ضعف المستهلك وجهله بحقيقة العقد وبنوده. ذلك أن أغلبها حاليا لا يرقى لحجم بعض التجاوزات، حيث نجد مثلا المادة 173 تحدد الغرامة من 2000 إلى 5000 درهم بخصوص كل

الجرائم المتعلقة بالقسم الثاني الذي خصصه المشرع لمسألة إعلام المستهلك ونفس الشيء ينطبق على المادة 186 منه.

على المستوى التشريعي

- دعم الجانب الأخلاقي في المنظومة القانونية وفي مواثيق الأخلاقيات المهنية لأنسنة الحقل التعاقدية عوض الأنانية الضيقة التي تطبع العلاقات التعاقدية عامة والاستهلاكية خاصة.
- الاستثمار والاستفادة من منظومة الفقه الإسلامي لدعم شفافية العقود الاستهلاكية.
- ضرورة جمع شتات النصوص القانونية المتناثرة ذات الصلة بمجال الاستهلاك.
- إصدار النصوص التنظيمية والمراسيم التطبيقية المصاحبة لقانون 31.08 المرتبطة بسير بعض المؤسسات والهيئات الموكول إليها ضمن اختصاصاتها المساهمة في صيانة حقوق المستهلك وتوعيته مثل المجلس الأعلى للاستهلاك أو المرتبط ببعض المسائل أو العناصر التقنية (الإشهار، الالتزام بالإعلام...)
- تحيين المنظومة التشريعية لمواكبة التحولات المتسارعة التي يشهدها مجال المعاملات المدنية والتجارية على الصعيد الوطني والدولي ونظرا للتطورات التكنولوجية والثقافية في أنماط الاستهلاك.

على المستوى المؤسساتي

- دعم دور الإعلام في التحسيس الكافي بقانون الاستهلاك وتنظيم ندوات ودراسات تتعاطى بشكل إيجابي مع المستجدات الحمائية التي يتضمنها.
- ضرورة إحداث مصلحة خاصة ضمن "هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي" تعنى بالمستهلك، ولتكون حلقة وصل مع جمهور المؤمن لهم من أجل التدبير الفعال لشكاياتهم، وإيجاد حل سريع لمشكلة قلة الموارد البشرية عامة والموظفين المكلفين بالرقابة خاصة.
- السعي إلى توسيع مجال التدخل القضائي في عقود الاستهلاك من خلال منح السلطة القضائية صلاحيات تقديرية تسمح بتحقيق قيم الشفافية والعدل والإنصاف واحترام الإرادة التعاقدية مع مراعاة المرونة في التعامل بالنظر إلى خصوصية المركز القانوني للمتعاقد

الضعيف بدل التشدد في المواقف الاجتهادية المعتمدة على تكريس فكرة التطبيق الحرفي للنصوص التشريعية.

- دعم برامج التكوين المستمر للقضاة بالمعهد العالي للقضاء عن طريق إعداد دروس بيداغوجية خاصة عن كيفية التعامل مع المستجدات التي تعرفها قضايا الاستهلاك من الناحيتين النظرية والتطبيقية.

- العمل على فرض رقابة إدارية على مؤسسات الائتمان لضمان حماية حقيقية للمستهلك من الشروط التعسفية.

- خلق لجنة مغربية للشروط التعسفية، مهمتها البحث والتحري والتحليل للشروط التي "يقترحها" المهنيون على المستهلكين، أو الشروط الشائع استعمالها في عقود الاستهلاك، وإصدار توصيات بإلغاء هذه الشروط أو بطلانها أو تعديلها والاستئناس في ذلك بالتجارب المقارنة.

- تحسيس المستهلكين بأهمية قانون الاستهلاك من خلال وسائل الإعلام بأنواعها تفعيلًا لمقتضياته على أرض الواقع وإخراجها من دائرة التنظير والشكلانية.

- تنظيم حملات تحسيسية وتوعوية من طرف الأجهزة الرسمية ذات الصلة بقطاع الاستهلاك من أجل ترسيخ وعي المستهلك بحقوقه والتزاماته.

- إشراك المجتمع المدني خاصة جمعيات حماية المستهلك بشكل فعلي في عملية التوعية والتبصير بحقوق المستهلك.

وختاماً،

فلا أحسب أو أدعي أنني قد أعطيت هذا الموضوع كل حقه أو أملت بكل جوانبه، وإنما يكفيني فيما قدمت فضل سبق من ناحية، وأن أترك لمن يأتي بعدي من الباحثين من ناحية ثانية، فضل تكملة ما قد يكون فيه من قصور بتناول ما تركت أو الاستفاضة فيما أوجزت أو التركيز على ما أهملت، فكل وجهة هو موليها.

لائحة المراجع

■ باللغة العربية

■ الكتب العامة

- إدريس العلوي العبدلاوي، النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد، شرح القانون المدني، مطبعة النجاح الجديدة، 1996.
- إدريس العلوي العبدلاوي، النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، 1996.
- إدريس فتاحي، الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في القانون المغربي والمقارن، مطبعة الأمنية، الرباط، 2004.
- أنور العمروسي، دعاوى الضمان في القانون المدني، منشأة المعارف جلال حزي وشركاؤه، 2003.
- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الأول، دار المعرفة، الطبعة الأولى.
- بيار إميل طوبيا، الغش والخداع في القانون الخاص، الإيجار العقدي والإطار التقصيري، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2014.
- تريكي هدى، الحماية الإجرائية المدنية للمستهلك، رسالة ماجستير، عدد الصفحات 313، الطبعة الأولى، 2017.
- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2000.
- راقية عبد الجبار علي، سلطة القضاء في تعديل العقد، دراسة قانونية مقارنة، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
- صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

- الطيب لمنوار، عيوب المبيع في ضوء المذهب المالكي والنوازل الفقهية والقضائية، دار نشر المعرفة، الإصدار 2016.
- عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإداري للالتزامات، العقد، الكتاب الأول، تكوين العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2007.
- عبد القادر العرعاري، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري بالمغرب، توزيع دار الأمان، الرباط، 2009.
- عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإداري للالتزامات، العقد، الكتاب الثاني- آثار العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2007.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء 1، الطبعة 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول: نظرية العقد، دار الأمان، الرباط، الطبعة الخامسة 2016.
- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، 2006.
- فدوى قهواجي، ضمان عيوب المبيع فقها وقضاءً، دار الكتب القانونية، سنة النشر 2008.
- فريدة اليوموري، علاقة السببية في مجال المسؤولية التقديرية، بين رأي الفقه وموقف القضاء، دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصر 16، 2009.
- القرض المصرفي، دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، محمد علي محمد أحمد البناء، دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان، 2006.
- كريم بن سخرية، المسؤولية المدنية للمنتج وآليات تعويض المتضرر، دار الجامعة الجديدة، 2013.
- محمد الأزهر، الدعوى المدنية، مطبعة دار النشر الأدبية، 2010.
- محمد الكشبور، أحكام الشرط في القانون المدني المغربي، على ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد 15، دار الآفاق العربية للنشر والتوزيع، 2009.

- محمد شكري الجميل العدوى، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2008.
- محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطيرة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1983.
- محمد شيلح، تقنيات الميتودولوجية القانونية الموجهة للفكر القانوني النظري و/أو العملي، سلسلة دار وأبحاث، دار نشر المعرفة، طبعة 2017.
- محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007.
- محمد مرعي صعب، البند الجزائي، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006.
- نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2008.
- نسرین حسین ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، دراسة مقارنة، مكتبة زين الحقوقية، 2018.
- هدير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، بيروت، دار الثقافة، الأردن، 2011-2012.
- وليد خالد عطية وعلي حسين منهل، تفسير شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2016.
- التوجهات التشريعية لنظم المسؤولية في ضوء التطورات الحديثة، سلسلة "المعارف القانونية والقضائية"، مؤلف جماعي، دار نشر المعرفة، الرباط، 2018.

■ الكتب المتخصصة

- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات، دار الكتب والوثائق القومية، بيروت، لبنان، 2007.
- أبو بكر مهم، حماية المستهلك من الاضرار الناجمة عن المنتجات المعروضة في السوق، دار الآفاق المغربية، 2018.
- أحمد ادريوش، العقد الطبي، دراسة تحليلية وتأصيلية للمقتضيات القانونية المؤطرة للعلاقة بين الطبيب وزبونه، الطبعة الثانية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية، الرباط، 2015-2016.
- أحمد حسن كاظم المسعودي، المسؤولية العقدية للشركات السياحية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2018.
- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994، القاهرة.
- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.
- أميد صباح عثمان، النظام القانوني للاحتراف المدني، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2012.
- إبراهيم عبد الحميد علي، حماية المستهلك، المصرية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018.
- بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني التجاري وآثاره على المستهلك، دراسة قانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011.
- بن خالد فاتح، حماية المستهلك من الإشهار الكاذب والمضلل، دار الجامعة الجديدة، 2019.
- بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، 2018.

- بو عبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المستهلك والمتعاقد، الطبعة 1، مطبعة سجلماصة، مكناس، 2011.
- جواد الغمري، جرائم الغش في البضائع، دراسة، الطبعة الثانية، صوماديل، الدار البيضاء، 2002.
- حساني علي، ضمان حماية المستهلك نحو نظرية عامة في القانون المقارن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016.
- حمدي أحمد سعد أحمد، القيمة العقدية للمستندات الإعلانية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2008.
- رضوان بدلاوي، واجب إساءة النصح في المهن القانونية -العدول والموثقين نموذجاً- دراسة على ضوء العمل القضائي المغربي والمقارن، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2018.
- رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
- ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، الطبعة الأولى 2016.
- سارة عبد الصمد، تأويل العقود العقارية في التشريع المغربي، دراسة قانونية قضائية مقارنة، مطبعة الأمنية، الرباط، 2019.
- سكيمة نصور، الزمن في قانون الاستهلاك، دراسة مركزة على قانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، 2021.
- سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، الكتب القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2015.

- عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للاستهلاك، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- عبد الحميد أخريف، الدليل القانوني للاستهلاك رقم 1، عقود الاستهلاك: البيع في الموطن، التعاقد عن بعد، العقد الإلكتروني، مطبعة أميمة، 2006.
- عبد الرحمان الشرقاوي، عقد الاشتراك المائي، بين مفهوم الملك العمومي المائي وهاجس حماية المستهلك، الطبعة الأولى، 2017.
- عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصر 5، مطبعة النجاح الجديدة، 2003.
- عبد الرفيع علوي، حماية المستهلك المقترض من الشروط التعسفية، القرض الاستهلاكي والقرض العقاري، الطبعة الأولى، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، مراكش، 2021.
- عبد الرؤف حسن أبو الحديد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2019.
- عبد السلام الهوى، السلطة التقديرية في منازعات الاستهلاك على ضوء القانون 31.08 والاجتهاد القضائي، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2019.
- عبد العالي الدليمي وحسن رزق الله، دليل جرائم قانون حماية المستهلك، دار الآفاق المغربية، 2011.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، 2008.
- عبد القادر أقصاصي، الإلتزام بضمان السلامة في العقود، نحو نظرية عامة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2010.
- عبد اللطيف بوعلام، الحماية القانونية للمستهلك في التشريع المغربي "الحماية الجنائية"، دار الآفاق المغربية، مطبعة الأمنية، الرباط، 2021.
- عبد المنعم أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2014.

- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.
- العربي محمد مباد، عقود الإذعان، بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي، دراسة مقارنة محينة، مطبعة المعارف الجديدة، 2018.
- العربي مباد، عقود الإذعان، دراسة مقارنة، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، 2003.
- عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، جلال حزي وشركاؤه، 2008.
- فراس جبار كريم الروازق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، ماجستير القانون الخاص، مكتبة دار السلام القانونية، الطبعة الأولى، 2017.
- محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، 2015.
- محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، الكتب القانونية، منشأة المعارف الإسكندرية.
- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث.
- محمد شليح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة دبلوم الدراسات العليا، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 1983-1984.
- محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004.
- محمود عادل محمود، الالتزام بالتحذير في مجال تداول المنتجات الخطرة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2016.
- مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2016.

- مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.
- منى أبو بكر الصديق، الإلتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- المهدي العزوزي، تسوية نزاعات الاستهلاك في ضوء القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، "سلسلة أعمال جامعية"، منشورات مجلة القضاء المدني، دار نشر المعرفة، الرباط، 2013.
- نور الدين الرحالي، التطبيقات العملية الحديثة في قضايا الاستهلاك، مكتبة الرشاد، سطات، 2014.
- هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014.
- هند رشيد حسن الحصني، الحماية المدنية من الدعاية التجارية المضللة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018.
- يلس آسيا، الإلتزام بالإعلام في عقد البيع الاستهلاكي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
- يوسف الزوجال، نظام الوسائل البديلة لفض منازعات عقود الاستهلاك بالمغرب بين التأصيل والتأويل والتحليل، مكتبة دار السلام، الرباط، 2017.

الأطروحات والرسائل

أ - الأطروحات

- أبو بكر أحمد الأنصاري، الحماية الجنائية للمستهلك، دراسة مقارنة بين القانون المغربي والقانون الليبي، أطروحة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1996-1997.
- أبو بكر مهم، الوسائل الوقائية لحماية المستهلك، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003-2004.
- بوراس محمد، الإشهار عن المنتجات والخدمات، دراسة قانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.
- بوزيدي إلياس، السرية في المؤسسات المصرفية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018.
- بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، أطروحة دكتوراه، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2002-2003.
- ثروت فتحي إسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهني، الصانع والموزع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1987.
- درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014.
- زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013-2014.
- زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018.

- سارة أزواغ، الفسخ والتراجع في العقود الاستهلاكية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص،
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، الموسم الجامعي
2021-2022.

- سعيد الدغيمر، تنفيذ الالتزام بمقابل أو بطريقة التعويض قضائيا في التشريع المدني المغربي،
أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 1981-
1982.

- عبد الحميد الديسبي عبد الحميد، آليات حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية
المنتج، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 2008.

- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة
الجزائر 1، السنة الجامعية 2014-2015.

- عز الدين كريم، ضمان العيب والصفة الخطرة في البيوع الاستهلاكية – دراسة مقارنة -
أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2013-2014.
- عمرو قريوح، الحماية القانونية للمستهلك، القرض الاستهلاكي نموذجا، أطروحة دكتوراه،
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية
2006-2007.

- فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة
أبوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2012-2013.

- فؤاد معلال، الشرط الجزائي في القانون المغربي، أطروحة دكتوراه الدولة، كلية الحقوق،
جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 1992-1993.

- مجيدة الزباني، الحماية الجنائية لتكوين العقود المدنية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص،
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق، جامعة الحسن الثاني، الدار
البيضاء، السنة الجامعية 2006-2007.

- محمد بحماني، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2005-2006.

- محمد بنموسى، نظرية الظاهر في القانون التعاقدى، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2016-2017.

- مهدي منير، المظاهر القانونية لحماية المستهلك، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2004-2005.

- نزهة الخدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية، عقد البيع نموذجاً، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2004-2005.

- أزواغ فاطمة، مقاربة الشفافية في عقود القانون الخاص، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير، نوقشت بتاريخ 22 يوليوز 2022.

- أمينة اضريبيبة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2014-2015.

ب - الرسائل

- محمد عبدوسي، التعويض الاتفاقي في التشريع المغربي، قراءة في القانون رقم 27.95، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، كلية الحقوق أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 1998-1999.
- محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2005-2006.
- مازن القضاوي، القضاء والعدالة التعاقدية، بحث نهاية التكوين بالمعهد العالي للقضاء، الرباط، 2017.
- عبد الناصر محمد عبد عابدين، الغبن وأثره على العقد في مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013.
- سمير الوافي، الشكلية في العقود، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998-1999.
- شلبي نبيل، التزامات المهني اتجاه المستهلك، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2008.
- عادل بتكمنتي، ضمان العيب في عقود الاستهلاك، بحث لنيل شهادة الماستر، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2014-2015.
- بوجمعة أنزيض، الحق في التراجع بين قانون الاستهلاك وقانون الالتزامات، رسالة ماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2012-2013.

■ المقالات

- أبو بكر مهم، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقال بمجلة القضاء والقانون، عدد 161، سنة 2012، ص 145.
- أحمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق، الكويت، صفحة 177.
- أحمد كويسي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 2، 2009، ص 27.
- أحمد كويسي، عقد الاشتراك في الماء والكهرباء، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 1، أكتوبر 2007، ص 93.
- إبراهيم المامون، جمعيات حماية المستهلك، سلسلة دراسات وأبحاث، العدد 4، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2013، ص 186.
- إبراهيم محمد، المسؤولية الجنائية للطبيب، مقال منشور في مجلة القانون والأعمال، بتاريخ 26 دجنبر 2017. www.droitentreprise.com
- أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 4، السنة 19، دجنبر 1995، ص 144.
- أحمد الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق بجامعة الكويت، سنة السادسة عشرة، العدد الأول والثاني، مارس- يونيو 1992م.
- أحمد سعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الحقوق، العدد الرابع، سبتمبر 1995م.
- أحمد عبد الرحمان الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق الكويتية، السنة العاشرة، العدد الأول والثاني، مارس - يونيو 1192، ص 262.
- إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 3، 2001، ص 65 وما يليها.

- أشغال اليوم الدراسي حول: حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصاف إليه، المنظم من قبل مختبر البحث قانون الاعمال، سطات، 14 مارس 2013.
- إمان التيس، المستهلك الإلكتروني بين الإعلام العادي وترسيخ الإعلام المتقدم، مؤلف جماعي: "حماية المستهلك بين النصوص القانونية والعمل القضائي"، منشورات المركز الوطني للبحث القانوني، الطبعة 1، 2022، ص 61.
- بشار طلال المومني، نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 2، يونيو 2018، ص 625.
- جابر محبوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الإضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المباعة، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلة النشر العلمي جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الثالث، سبتمبر 1996.
- حسن الوزاني التهامي، دور القضاء التجاري في حماية المستهلك، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، عدد 8، السنة 2009، ص 163.
- الحسين بلحساني، التجديدات الأساسية في مسودة المشروع المغربي لقانون حماية المستهلك، آليات تدعيم رضا المستهلك، مجلة المحاكم المغربية، العدد 84، شتنبر/أكتوبر 2000، ص 111.
- حمزة أنوي، مبدأ الاحتياط في عقود الخدمات السياحية، عقود الرحلات نموذجاً، مداخله ضمن أشغال اليوم الدراسي حول: ضمانات حماية مستهلك الخدمات السياحية، قراءة في القانون 31.08 والممارسة القضائية والعملية (الحق في الإعلام، الحق في الاختيار، الحق في الرجوع)، كلية الحقوق، جامعة الحسن الأول، سطات، 16 ماي 2012، ص 59-73.
- حميد وهيب، سياسة معدلات الفائدة، مقال منشور في سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية الصادرة عن المعهد العالي للقضاء، العدد 4، يونيو 2004.

- خديجة الشباني، المسؤولية كجزء على الإخلال بالالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، مؤلف جماعي: "حماية المستهلك بين النصوص القانونية والعمل القضائي"، م. س، ص 83.
- رياض فخري، عقد الائتمان الإيجاري بين مدونة التجارة والقانون المنظم لمؤسسات الائتمان، مجلة الحقوق المغربية، العدد 6، السنة الثالثة، أكتوبر 2008، ص 96.
- الزبير المعروف، حماية المقترض من الشروط التعسفية، سلسلة دراسات وأبحاث، العدد 4، 2013، ص 90.
- زكرياء خليل، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد المزدوج 11-12، 2016، ص 24.
- الزهرة رزايقية، جامعة جيجل، وعصام نجاح، جامعة قالمة، الشكالية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 2، سبتمبر 2019، ص 96.
- سعيد الناي، حقيقة الشرط الجزائي في القانون المغربي، مجلة المناهج، م. س، ص 196.
- ضمانات حماية مستهلك الخدمات السياحية- قراءة في القانون 31-08 والممارسة القضائية والعملية، الحق في الإعلام- الحق في الإخبار- الحق في الرجوع، اليوم الدراسي المنظم من قبل مختبر قانون الأعمال بكلية الحقوق بجامعة الحسن الأول، سطات، 2012.
- عالي طوير، التوازن المعرفي في عقود الاستهلاك، المجلة المغربية في الفقه والقضاء، العدد 4، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 96.
- عبد الحميد أخريف، قراءة في مشروع قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 3، أبريل 2010، ص 204.
- عبد الحميد أخريف، ولوج المستهلك لخدمة الاتصالات بالمغرب، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 1، م. س، ص 74.
- عبد الخالق أحمدون، حماية المستهلك وسبل الرفع من مستوى الوعي الاستهلاكي، مداخلة ضمن أشغال يوم دراسي تحت عنوان "حماية المستهلك المغربي: قراءة على ضوء مشروع القانون 31.08"، كلية الحقوق بطنجة، 20 ماي 2009.

- عبد الرزاق بولنوار، المهني والمستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية، دراسة في ضوء القانون الجزائري والفرنسي، مقال منشور على الصفحة الإلكترونية لجامعة ورقلة، الجزائر: revues.univ-ouargla.dz
- عبد القادر العرعاري، قراءة انطباعية أولية بخصوص القانون رقم 31-08 المتعلق بحماية المستهلك، مداخلة ضمن محاو اللقاء الوطني الأول حول مقتضيات القانون المتعلق بحماية المستهلك، نظمتها شعبة القانون الخاص بشراكة مع وزارة الصناعة والتجارة بتاريخ 6 ماي 2011 بكلية الحقوق، أكادال، الرباط. منشور بسلسلة "دراسات وأبحاث"، العدد 4، منشورات "مجلة القضاء المدني"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 11-22.
- عبد الكريم عباد، دور القضاء في حماية المستهلك، مداخلة في أشغال اليوم الدراسي حول: حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه، 14 مارس 2013، كلية الحقوق، سطات، ص 115.
- عبد المهيمن حمزة، تبصير المستهلك عبر تقنية العرض المسبق في القروض العقارية على ضوء القانونين المغربي والفرنسي، مؤلف جماعي، مقال بالمجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الطبعة الأولى، 2020، ص 99.
- فؤاد معلال، الشارات الجغرافية المميزة أداة قانون الملكية الصناعية لتحقيق التنمية القروية، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي (تصدر عن مركز قانون الالتزامات والعقود، كلية الحقوق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس)، العدد 2، يناير 2009، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، ص 75.
- فؤاد معلال، بعض مظاهر حماية المستهلك في القانون الجديد للملكية الصناعية، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 1، أكتوبر 2007، ص 21.
- فاطمة أزواغ، شفافية إيجاب وقبول المستهلك بين القواعد العامة والقوانين الخاصة، مؤلف جماعي: حماية المستهلك بين النصوص القانونية والعمل القضائي، منشورات المركز الوطني للبحث القانوني، العدد 2، الطبعة 1، 2022، ص 232-350.

- القانون وحماية الطرف الضعيف، أشغال ورشة الدكتوراه الثانية المنظمة من قبل مختبر البحث قانون الأعمال بكلية الحقوق- جامعة الحسن الأول- سطات، 21 أبريل 2012.
- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 2014/02، يونيو 2014.
- المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد الثاني، يناير 2009.
- المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، عدد مزدوج: 5-6، سنة 2012-1013.
- مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، أخلاقيات المهنة بين التربية والتوجيه والزجر، أشغال ندوة وطنية نظمتها شعبة القانون الخاص بتعاون مع المدرسة العليا للأساتذة بتطوان، يومي 18-19 فبراير 2000، العدد 1-2001.
- محمد أبودار، التوجهات التشريعية لنظم المسؤولية، سلسلة "المعارف القانونية والقضائية"، منشورات مجلة الحقوق، دار نشر المعرفة، الإصدار 58، 2018، ص 92.
- محمد الهيني، إشكالية تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء، مجلة في رحاب المحاكم، العدد 2، شتنبر 2009، ص 89.
- محمد الهيني، حق المؤمن له في الرجوع عن التعاقد في عقد التأمين بين الحاجة والفعالية، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، مركز قانون الالتزامات والعقود، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، العدد 1، أكتوبر 2007، ص 113.
- محمد الغزاوي، حدود مساهمة أحكام حق التراجع في حماية المستهلك المتعاقد عن بعد، منشورات المركز الوطني للبحث القانوني، م. س، ص 102.
- مصطفى مالك، حماية المستهلك في البيع خارج المحلات التجارية، مجلة الدفاع، العدد 7، أكتوبر 2011، ص 124.
- المهدي كداري، استشراف مستقبل حسن النية كأساس لاستبعاد الشروط التعسفية، مؤلف جماعي: "حماية المستهلك بين النصوص القانونية والعمل القضائي"، منشورات المركز الوطني للبحث القانوني، الطبعة 1، 2022، ص 61.

- مينة الحجوجي، حق المستهلك في التبصير والإعلام بين الفقه الإسلامي وقانون حماية المستهلك المغربي رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مؤلف جماعي بعنوان: "حماية المستهلك بين النصوص القانونية والعمل القضائي"، منشورات المركز الوطني للبحث القانوني، الطبعة 1، 2022، ص 13.
- هند الحدوتي، تسوية منازعات عقود الاستهلاك، مقال منشور بالمجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، م. س، ص 123.
- وسيم الأحمر، تأصيل الالتزام بالإعلام من خلال الفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود، مؤلف جماعي: "حماية المستهلك بين النصوص القانونية والعمل القضائي"، منشورات المركز الوطني للبحث القانوني، الطبعة 1، 2022، ص 37.
- يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، مجلة الشريعة والقانون، العدد 43، يوليو 2011، ص 2.

❖ Ouvrages généraux

- Abdel Salam Muzuaghi, *Le Déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau de l'ordre public nouveau*, Etude de droit comparé (Libye- Egypte- France), L.G.D.J, Paris, 1981.
- Cyril Noblot, *La Qualité du contractant comme critère légal de protection : Essai de méthodologie législative*, Bibliothèque de droit privé, Tome 382, L.G.D.J, 2002.
- Denis Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Bibliothèque de droit privé, Tome 320 , L.G.D.J, 1997.
- Francis Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, Bibliothèque de droit privé, Tome 412, Université franco-Allemande, L.G.D.J.2004.
- Françoise Labarthe, *La notion de document contractuel*, Bibliothèque de droit privé, Tome 241, L.G.D.J, Paris, 1994.
- François-Paul Blanc, *Les Obligations et les contrats en droit Marocain* (D.O.C. annoté), édition Sochepress, 2001.
- Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* , 4è édition, L.G.D.J, Paris, 1949.
- Jacques Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3è édition, L.G.D.J, 1993.
- M. Bernard Glorion, *Le consentement et ses aspects déontologiques*, Gazette du Palais, 1999 (1^{er} Sem).
- Med Drissi Alami Machichi, *Concurrence : droits et obligations des entreprises au Maroc*, EDDIF, 2004.
- Paul-Henri Antonmattei & Jacques Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, édition Litec. 2002.
- Thierry Lambert, *égalité et équité : antagonisme ou complémentarité ? ouvrage collectif*, édition Economica, 1999.

❖ Ouvrages spéciaux

- Amandine Chapou, *Les obligations du consommateur*, mémoire de recherche de master 2 Droit économique, université de Montpellier, 2015.
- Anne-Christine Fornage, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, Etude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, anglais, français et allemand, Paris, 2011.
- Colloque, *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, centre de droit des obligations de l'université de Paris I. 13-14 décembre 1990.
- Colloque à l'université de Perpignan : *Droit du marché & droit commun des obligations*, Revue Trim. Droit commercial, N°1 (Jan-Mars) 1998.
- Cyril BLOCH, *L'obligation contractuelle de sécurité*, Faculté de droit et des sciences politiques d'Aix-Marseille, PUAM, 2002.
- D.Mainguy et M.depincé, *40 ans de droit de la Consommation 1972-2012 « Bilan et perspectives »*, Actes de colloque, faculté de droit et de science politique de Montpellier, études Teutates, 2013.
- François Boucard, *Les Obligations d'information et de conseil du banquier*, Faculté de droit et des sciences politiques d'Aix-Marseille, PUAM, 2002.
- Gérard Cas et Didier Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, presses universitaires de France, P.U.F, 1986.
- Jean Calais-Auloy, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, La documentation française, Paris, 1985.
- Jean François Kerléo, *La transparence en droit, Recherche sur la formation d'une culture juridique*, éditions mare & martin, droit public, 2015.

- J. Ghestin, *La Protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, comparaisons franco-belges, ouvrage collectif, Bibliothèque de droit privé, Tome 261, L.G.D.J. 1996.
- Laurence Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, Bibliothèque de droit privé, Tome 366, L.G.D.J, 2002.
- Marie Stéphane PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Thèse pour le doctorat d'Etat, édition Dalloz, 2001.
- Mbouale Akongo Raissa, *L'efficacité des sanctions en droit de la consommation*, Master recherche Droit du Marché, Université Montpellier I, année 2005-2006.
- Nancy Vignal, *La Transparence en droit privé des contrats (Approche critique de l'exigence)*, Faculté de droit et des sciences politiques d'Aix-Marseille, PUAM, 1998.
- Natacha Sauphanor-Brouillaud, avec le concours de Elise Poillot, Carole Aubert de Vincelles, Geoffray Brunaux, sous la direction de Jacques Ghestin : *Traité de droit civil, Les contrats de consommation, règles communes*, LGDJ, 2011.
- Nicole Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Bibliothèque de droit privé, Paris, 1988.
- Rabih Chendeb, *Le régime juridique du contrat de consommation*, étude comparative (Droits français, libanais et égyptien), édition Alpha, L.G.D.J, 2010.
- Stéphane Gruber-Magitot, *L'action du consommateur contre le fabricant d'un objet affecté par un vice caché en droit anglais et en droit français*, P.U.F, Paris, 1978.
- Yves Guyan, *droit des affaires*, Tome 1, 9^e édition, Economica, 1996.
- Yves Pacco sous sa direction, *Le droit européen de la consommation*, quatrième rencontres européennes de perpignan, éditions mare & martin, Paris, 2018.
- Yves picod et Hélène Davo, *droit de la consommation*, Dalloz, 2005.
- Yves Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, bibliothèque de droit privé, Tome 208, 1989.

- Zoubida Gueldi, *Les Clauses de non-responsabilité en droit marocain*, presses universitaires de Perpignan, presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2002.

❖ **Thèses et mémoires**

- Béatrice Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats : étude comparative des droits français, allemand et japonais*, thèse de doctorat d'Etat en droit de l'Université Jean-Moulin-Lyon 3, Dalloz, 2000.
- Clémence Lorand, *Le désengagement contractuel en droit de la consommation : étude et proposition d'un renforcement*, mémoire de Master 2 droit économique, université de Montpellier, 2015.
- David Bosco, *Le droit de rétractation d'un aspect des rapports du droit de la consommation et du droit commun du contrat*, Mémoire DEA, droit privé, faculté de droit et des sciences politiques d'Aix-Marseille, 1999.
- Ekoue-Dzenou, *Le consommateur et l'arbitrage*, mémoire en Master 2 droit économique, université de Montpellier, 2015.
- Fleur Dubois Lambert, *Les conventions collectives de consommation*, master de recherche en droit du marché, Université de Montpellier I, année 2008-2009.
- Léna Bojko, *Les Limites à l'efficacité des associations de défense des consommateurs*, mémoire en Master 2 professionnel consommation et concurrence, Université Montpellier I, année 2012-2013.
- Laurent BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, Thèse en droit privé, université Toulouse, 2005.
- Olivia Tassan, *étude de l'action de groupe des consommateurs en droit français, introduite par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014*, mémoire en Master 2 professionnel consommation et concurrence, Université Montpellier I, année universitaire 2013-2014.
- Sophia Douair, *L'Action en justice des associations de consommateurs en matière de clauses abusives*, master : consommation et

concurrence , université de Montpellier I, année universitaire 2007-2008.

❖ revues

- Abderrahim Bendraoui, *La protection du consommateur au Maroc*, REMALD, 2002, n° 36, p. 241.
- Abderrahim BENDRAOUI, *Les associations des consommateurs au Maroc un nouveau segment de l'association civile*, REMALD, n° 49, P. 327.
- Anne-Sylvie Coudrier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, éd. LexisNexis, collection LITEC JURIS-CLA, Volume 27, 2006, p. 23, n°38.
- BENSEGHIR (M), *L'article 54 (D.O.C) un article inappliqué pourquoi ?* R.M.D.E.D, n° 7, 1984, p. 221 s.
- Bernard GLORION, *Le consentement et ses aspects déontologique (le consentement aux actes médicaux)*•Gaz.Pal, 1999 1er semestre, p.4 s.
- CHAZAL Jean Pascal, *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?* in : la nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003, p 110.
- Didier MARTIN, *La défense du consommateur à crédit*, RTD. Com, 1987, n° 37, p. 639.
- Guy Raymond, *clauses abusives – Loi de 1er février 1995*, fascicule 819 ,5, 1995.
- Guy Raymond, *Information du consommateur*, concurrence consommation, éd. JCP. 1997, fascicule 845.
- Guy Raymond, *Information du consommateur*, fascicule 845, 5, 1997.
- Hean-Marc Varaut, *Secret et transparence*, Gaz. Pal, Recueil septembre-octobre, 2002.
- J. C AULOY, *L'influence du droit de consommation sur le droit des contrats*, RTD. Civ. 2^{ème} partie, 1994, p. 244.
- Jacqueline Amel-Donat, *contrat de consommation*, formation, Fascicule 800 ,2, 1989.

- Jaques MESTRE, les limites de l'obligation de renseignement, art. R.T.D. Civ, 1986, p 341.
- Jaques Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, Rev.Trim,1986, p. 100.
- Jean-Louis Halpérin, *La Naissance de l'obligation de sécurité* , numéro spécial, Gazette du Palais- 1997 (2^{ème} Sem).
- *La Transparence contractuelle dans les marchés* , 974, Gaz. Pal, Recueil mai-juin, 2002.
- Marcel Deleau-Deshayes et Charles Goyet, Revue de jurisprudence commerciale, ancien journal des agréés, numéro spécial « *La Transparence* », 37^e année N°11, Nov. 1993.
- Patrice JOURDAIN, *La responsabilité contractuelle des agences des voyages du faits des prestataires de services auxquels elles ont recours*, RTD. civ, 88, Octobre/Décembre, 1989, p. 754.
- Philippe MALINVAUD, *La transparence contractuelle dans les marchés de travaux privés*, Gaz. Pal, spécial droit immobilier, recueil mai- juin 2002, p. 974.
- Revu juridique Al Milaf , N°23/ Novembre 2015.
- Revue de jurisprudence commerciale : ancien journal des agréés, « *La Vente éclatée : La diversité des régimes juridiques dans les ventes de marchandises*, Paris, n°11, Nov. 1997.
- Revue de jurisprudence commerciale, *Transparence et droit des contrats, (dossier spécial)*, n°37, année 11, Nov.1993.
- Revue Etudes Juridiques, *Les clauses abusives et la protection du consommateur*, n°7, 2000.
- Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, n°3 juillet- septembre, 50^e année, 1997.

❖ **Sites internet**

<http://www.anrt.ma>

<http://www.conseil-concurrence.ma>

<http://www.dalloz.fr>

<http://www.fondation.org.ma>

<http://www.haca.ma>

<http://www.justice.gov.ma>

<http://www.khidmat-almostahlik.ma>

<http://www.legifrance.gouv.ma>

<http://www.mcinet.gov.ma>

<http://www.onssa.gov.ma>

<http://www.parlement.ma>

<http://www.sgg.gov.ma>

الفهرس

01.....	المقدمة:
27.....	الباب الأول: الأسس النظرية للشفافية في عقود الاستهلاك
29.....	الفصل الأول: ماهية الشفافية في عقود الاستهلاك
31.....	الفرع الأول: محاولة في تحديد الشفافية في عقود الاستهلاك
32.....	المبحث الأول: مضمون الشفافية في عقود الاستهلاك
32.....	المطلب الأول: تمييز الشفافية عن المفاهيم المجاورة
32.....	الفقرة الأولى: الشفافية والعدالة العقدية
36.....	الفقرة الثانية: الشفافية والتوازن العقدي
38.....	الفقرة الثالثة: الشفافية وحسن النية
40.....	الفقرة الرابعة: الشفافية والنزاهة والتعاون
42.....	الفقرة الخامسة: الشفافية ونظرية الظاهر
43.....	الفقرة السادسة: الشفافية والمشروعية
45.....	المطلب الثاني: مبررات الشفافية في عقود الاستهلاك
46.....	الفقرة الأولى: قصور النظرية التقليدية للالتزامات في تحقيق الشفافية
46.....	أولاً: عيوب الإرادة
56.....	ثانياً: قصور نظرية العيوب الخفية
61.....	الفقرة الثانية: اختلال التوازن العقدي بين المهني والمستهلك
64.....	الفقرة الثالثة: المبررات التقنية لحاجة المستهلك للشفافية
70.....	المبحث الثاني: وظائف الشفافية في عقود الاستهلاك
71.....	المطلب الأول: الشفافية كآلية لمواجهة الممارسات التجارية غير النزيهة
71.....	الفقرة الأولى: موقف الشريعة الإسلامية من الإعلانات الكاذبة

73.....	الفقرة الثانية: الإشهار كوسيلة لإخبار المستهلك
75.....	أولاً: أن يكون الاشهار واضحا ومحددا
77.....	ثانياً: أن تكون المعلومات الواردة في الإشهار صادقة
80.....	ثالثاً: أن يشتمل الإشهار على الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة
82.....	رابعاً: أن تستعمل اللغة العربية في الإشهار
85.....	المطلب الثاني: الشفافية كآلية لتخليق عقود الاستهلاك
86.....	الفقرة الأولى: الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام
89.....	أولاً: مبررات الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام
91.....	ثانياً: نطاق الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام
94.....	الفقرة الثانية: الالتزام بالاستقامة
95.....	أولاً: الالتزام بالاعتدال والجدية في التفاوض
96.....	ثانياً: الالتزام بالتعاون
98.....	ثالثاً: الالتزام بالنصح
103.....	الفقرة الثالثة: تخليق مرحلة تنفيذ العقد الاستهلاكي
103.....	أولاً: الالتزام بضمان سلامة المستهلك وخصوصيته
143.....	ثانياً: دور القانون الجنائي في تخليق عقود الاستهلاك
158.....	الفرع الثاني: مظاهر الشفافية في عقود الاستهلاك
159.....	المبحث الأول: احترام شكلية التعاقد كمظهر من مظاهر الشفافية
160.....	المطلب الأول: مفهوم الشكلية الاستهلاكية
160.....	الفقرة الأولى: تعريف الشكلية الاستهلاكية
162.....	الفقرة الثانية: مزايا و عيوب الشكلية الاستهلاكية
163.....	المطلب الثاني: صور الشكلية الاستهلاكية

163	الفقرة الأولى: شرط الكتابة
166	الفقرة الثانية: البيانات الإلزامية
168	الفقرة الثالثة: التقديم المسبق للوثائق
168	الفقرة الرابعة: شكلية الإشهار
170	المبحث الثاني: العرض المسبق كمظهر من مظاهر الشفافية "عقد القرض الاستهلاكي نموذجاً"
172	المطلب الأول: خصائص العرض المسبق
172	الفقرة الأولى: شكلية العرض المسبق
174	الفقرة الثانية: إلزامية العرض المسبق
175	الفقرة الثالثة: مجانية العرض المسبق
175	الفقرة الرابعة: حرية الإثبات في العرض المسبق
176	المطلب الثاني: ارتباط العرض المسبق بوقت التفكير والتروي
178	الفصل الثاني: آليات تحقيق الشفافية في عقود الاستهلاك
179	الفرع الأول: إعلام المستهلك كآلية لتحقيق الشفافية
180	المبحث الأول: مضمون الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك
180	المطلب الأول: ماهية الالتزام بالإعلام
184	الفقرة الأولى: الالتزام بالإعلام التزام بوسيلة (ببذل عناية)
185	الفقرة الثانية: الالتزام بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة
185	أولاً: تخفيف عبء الإثبات عن المستهلك استجابة لمتطلبات الشفافية
186	ثانياً: المنطق القانوني يقتضي تكيف الالتزام بالإعلام التزاماً بنتيجة
187	ثالثاً: مساهمة الالتزام بالإعلام في تقدير العيب في دعوى المسؤولية الموضوعية
188	المطلب الثاني: أطراف الالتزام بالإعلام

188.....	الفقرة الأولى: الدائن بالالتزام بالإعلام.
188.....	أولاً: المستهلك المتعاقد.
191.....	ثانياً: المستهلك غير المتعاقد.
192.....	الفقرة الثانية: المدين بالالتزام بالإعلام.
193.....	المطلب الثالث: محل الالتزام بالإعلام.
194	الفقرة الأولى: الامتناع عن الكتمان
194.....	الفقرة الثانية: الإدلاء بالبيانات والمعلومات
195.....	أولاً: المعلومات الخاصة بتقديم السلعة وصلاحيتها
200.....	ثانياً: المعلومات المرتبطة بطريقة استخدام المنتج أو تشغيله
207.....	ثالثاً: المعلومات المتعلقة بشروط التعاقد والسعر
210.....	رابعاً: المعلومات المرتبطة بآجال التسليم.
215.....	خامساً: الإعلام بالتجديد الضمني
218.....	المطلب الرابع: شروط قيام الالتزام بالإعلام.
218.....	الفقرة الأولى: جهل المتعاقد الدائن بالمعلومات الضرورية لتتوير رضاه
219.....	أولاً: الاستحالة الموضوعية.
220.....	ثانياً: الاستحالة الشخصية
222.....	الفقرة الثانية: احتكار المهني للمعلومات الضرورية لتتوير المستهلك
223.....	المطلب الخامس: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام.
223	الفقرة الأولى: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام في إطار القواعد العامة
227.....	الفقرة الثانية: إرساء نظرية خاصة بالإخلال بالالتزام بالإعلام.
228.....	أولاً: الطبيعة العقدية للمسؤولية.
230.....	ثانياً: الطبيعة التقصيرية للمسؤولية

231.....	الفقرة الثالثة: التعويض
233.....	المبحث الثاني: محاربة الشروط التعسفية كآلية لإرساء الشفافية في عقود الاستهلاك
234.....	المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك
235... ..	الفقرة الأولى: تعريف الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك
237.....	الفقرة الثانية: نطاق الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك
237.. ..	أولاً: من حيث الأشخاص
238.. ..	ثانياً: من حيث العقود
239.....	المطلب الثاني: مواجهة الشروط التعسفية من خلال القواعد العامة
239.....	الفقرة الأولى: نظرية السبب
241.....	الفقرة الثانية: نظرية حسن النية
243.....	الفقرة الثالثة: نظرية التعسف في استعمال الحق
245.....	المطلب الثالث: محاربة الشروط التعسفية من خلال القواعد الخاصة
245.....	الفقرة الأولى: معيار الشرط التعسفي
245.....	أولاً: الاختلال الكبير في توازن العقد الاستهلاكي
248.....	ثانياً: تحديد لائحة للشروط التعسفية
251.....	الفقرة الثانية: الجزاء المترتب عن الشرط التعسفي
254	الفرع الثاني: معايير الشفافية في عقود الاستهلاك
255.....	المبحث الأول: التزام المهني بضمان العيب وعدم المطابقة كمعيار لشفافية العقد الاستهلاكي
256.....	المطلب الأول: الضمان القانوني (ضمان العيوب الخفية)
257... ..	الفقرة الأولى: مضمون الضمان وشروطه
258	أولاً: أن يكون العيب مؤثراً

259.....	ثانيا: أن يكون العيب قديما
261.....	ثالثا: أن يكون العيب خفيا
263.....	الفقرة الثانية: مدى كفاية ضمان العيوب الخفية لدعم شفافية تنفيذ العقد الاستهلاكي
264.....	المطلب الثاني: الضمان التعاقدي (الاتفاقي)
265.....	الفقرة الأولى: ماهية الضمان التعاقدي
266.....	الفقرة الثانية: مزايا الضمانات التعاقدية
269.....	المبحث الثاني: احترام حق المستهلك في التراجع عن تعاقد كميّار لشفافية العقد الاستهلاكي
270.....	المطلب الأول: ماهية الحق في التراجع في عقود الاستهلاك
271.....	الفقرة الأولى: مفهوم الحق في التراجع
275.....	الفقرة الثانية: خصائص حق التراجع في عقد التأمين
275.....	أولا: الصفة التقديرية لحق التراجع
276.....	ثانيا: اتصاف حق التراجع بالنظام العام
276.....	الفقرة الثالثة: آثار ممارسة حق التراجع في عقد التأمين
276.....	أولا: الآثار المترتبة بالنسبة للمؤمن له
277.....	ثانيا: الآثار المترتبة بالنسبة للمؤمن
278.....	المطلب الثاني: ضوابط ممارسة الحق في التراجع
278.....	الفقرة الأولى: مدى لزوم عدم التعسف في استعمال الحق
279.....	الفقرة الثانية: الاستثناءات الواردة على حق المستهلك في التراجع
280.....	أولا: عقود لا يطبق فيها حق التراجع إلا باتفاق الطرفين
281.....	ثانيا: عقود مستثناة من تطبيق حق التراجع

283.....	الباب الثاني: محدودية الشفافية في عقود الاستهلاك
283.....	الفصل الأول: غياب حماية فعالة لإرادة المستهلك
283.....	الفرع الأول: محدودية التزام المهني بتنوير المستهلك
284.....	المبحث الأول: الدعاية والإعلانات التجارية الكاذبة أو المضللة
285.....	المطلب الأول: ماهية الإشهار الكاذب
288.....	المطلب الثاني: مظاهر غياب الشفافية في الإعلان الكاذب أو المضلل
289.....	الفقرة الأولى: الكذب أو التضليل المرتبط بذات المنتجات أو الخدمات
289.....	أولاً: الكذب أو التضليل المتصل بطبيعة المنتج أو الخدمة
292.....	ثانياً: الكذب أو التضليل المتصل بالخصائص الجوهرية للمنتج أو الخدمة
295.....	ثالثاً: الكذب أو التضليل المتصل بأصل المنتج أو الخدمة
297.....	الفقرة الثانية: الكذب أو التضليل الخارج عن ذات المنتجات أو الخدمات
297.....	أولاً: الباعث على التعاقد
298.....	ثانياً: شروط البيع
298.....	ثالثاً: التزامات المعلن
299.....	رابعاً: الأسعار
300.....	خامساً: بيانات المعلن
300.....	الفقرة الثالثة: الأساليب المستخدمة للكذب أو التضليل في الإشهار التجاري
301.....	أولاً: ادعاء الفريدة
301.....	ثانياً: الإعلانات التلفزيونية
302.....	ثالثاً: إشهار المنتج أو الخدمة على شبكة الأنترنت
302.....	رابعاً: شهادات الخبراء والمختصين
303.....	خامساً: الاستخدامات اللفظية المضللة

304.....	المبحث الثاني: انتشار الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك
305.....	المطلب الأول: الشروط التعسفية المخففة لالتزامات المهني
305..	الفقرة الأولى: الشروط التعسفية اللاحقة بالعقد
306.....	أولا: تعليق إبرام العقد على إرادة المهني
308.....	ثانيا: انفراد المهني بتحديد الثمن
310.....	ثالثا: الشروط التعسفية المتعلقة بالتسليم
311.....	رابعا: إمكانية المهني الواسعة في فسخ العقد
313.....	الفقرة الثانية: الشروط التعسفية المتعلقة بالمسؤولية والضمان الواجب على المهني
313.....	أولا: الشروط المتعلقة بالمسؤولية
319.....	ثانيا: الشروط المتعلقة بالضمان
320.....	المطلب الثاني: الشروط التعسفية المشددة لالتزامات المستهلك
320.....	الفقرة الأولى: التعسف المتعلق بمرحلة إبرام العقد
320...	أولا: الشروط التعسفية المتعلقة برضى المستهلك
321...	ثانيا: الشروط التي تدعن المستهلك لاتفاقات لا يتضمنها العقد
323.....	ثالثا: الشرط التعسفي المرتبط بمحل العقد
324.....	الفقرة الثانية: التعسف المتعلق بمرحلة ما بعد إبرام العقد
324	أولا: مظاهر الإجحاف الذي يلحق بتنفيذ العقد من قبل المستهلك
326.....	ثانيا: إمكانية المحدودة للمستهلك في فسخ العقد
328..	الفرع الثاني: قصور المقتضيات القانونية المنظمة لعقود الاستهلاك
328.....	المبحث الأول: جوانب القصور التي تلحق بمرحلة ما قبل التعاقد
328.....	المطلب الأول: قصور الالتزام بالإعلام عن ضمان شفافية العقد الاستهلاكي
328.....	الفقرة الأولى: قصور اعتبار الالتزام بالإعلام التزاما بوسيلة عن ضمان الشفافية

329.....	الفقرة الثانية: عدم ملائمة اعتبار الالتزام بالإعلام بالتزام بتحقيق نتيجة.
332.....	المطلب الثاني: محدودية النظام الجزائي للإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام.
332.....	الفقرة الأولى: أثر جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام على الدائن.
333.....	الفقرة الثانية: أثر جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام على المدين.
334.....	المطلب الثالث: قصور الجدوى العملية لإعمال أجل التفكير.
334.....	الفقرة الأولى: انعدام وعي المستهلك بحقه في التفكير.
335.....	الفقرة الثانية: سعي المهني إلى تجاوز أحكام أجل التفكير.
336.....	المبحث الثاني: جوانب القصور في مرحلة تنفيذ عقد الاستهلاك.
336.....	المطلب الأول: قصور أحكام الضمان للعيب في عقد الاستهلاك.
336.....	الفقرة الأولى: الإحالة إلى القواعد العامة كمؤشر على محدودية الالتزام بضمان المطابقة.
338.....	الفقرة الثانية: الصعوبات التي تواجه مقتضيات الضمان.
338.....	أولاً: صعوبات من حيث الإثبات.
339.....	ثانياً: إمكانية الاستبعاد الكلي للضمان.
341.....	ثالثاً: ضيق أجل رفع دعوى الضمان.
350.....	المطلب الثاني: قصور قواعد الضمان الاتفاقي للعيب في عقود الاستهلاك.
353.....	الفصل الثاني: أعمال الشفافية في عقود الاستهلاك.
354.....	الفرع الأول: دور القضاء في إرساء الشفافية في عقود الاستهلاك.
355.....	المبحث الأول: الآليات القضائية لتحقيق الشفافية عند إبرام العقد الاستهلاكي.
356.....	المطلب الأول: دور القاضي في الحد من الشروط التعسفية.
357.....	الفقرة الأولى: إنقاص العقد بإلغاء الشروط التعسفية.
360.....	الفقرة الثانية: ضوابط تقدير الطابع التعسفي لبند العقد الاستهلاكي.
360.....	أولاً: الاختلال الواضح بين حقوق والتزامات طرفي العقد الاستهلاكي.

ثانيا: الالتزام بقواعد تأويل العقود المنظمة في ق.ل.ع.....	363
ثالثا: مراعاة الظروف المحيطة بالعقد وقت إبرامه.....	365
رابعا: الرجوع إلى باقي شروط العقد أو عقد آخر في حالة الترابط القانوني للعقدين.....	366
المطلب الثاني: دور القاضي في تفسير العقد الاستهلاكي.....	367
الفقرة الأولى: تفسير شروط العقد الغامضة.....	368
الفقرة الثانية: تفسير شروط العقد الواضحة.....	370
المبحث الثاني: الآليات القضائية لتحقيق الشفافية عند تنفيذ العقد الاستهلاكي.....	373
المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل بنود العقد الاستهلاكي.....	373
الفقرة الأولى: دور القاضي في مراقبة الفوائد التأخيرية.....	374
الفقرة الثانية: دور القاضي في مراجعة التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي).....	378
المطلب الثاني: تكملة العقد ومستلزماته.....	383
الفقرة الأولى: القانون والعرف.....	386
الفقرة الثانية: العدالة والإنصاف.....	388
الفرع الثاني: دور الدولة والمجتمع المدني في إرساء الشفافية في عقود الاستهلاك.....	393
المبحث الأول: دور المراقبة الإدارية في دعم شفافية عقود الاستهلاك.....	394
المطلب الأول: دور الأجهزة الإدارية في ضبط قطاع الإشهار التجاري.....	394
الفقرة الأولى: الرقابة على قطاع الإشهار في المغرب.....	395
أولا: مصالح وزارة الاتصال.....	395
ثانيا: دور الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري (HACA).....	398
ثالثا: دور الموائيق الأخلاقية.....	400
رابعا: دور دفاتر التحملات.....	400
خامسا: دور مجلس المنافسة.....	403

404	سادسا: دور الوكالة الوطنية لتقنين الاتصالات (ANRT)
406	الفقرة الثانية: الرقابة الإدارية على قطاع الإشهار التجاري في الأنظمة المقارنة.....
406	أولا: غرفة التجارة الدولية.....
411	ثانيا: التحالف الأوروبي من أجل القواعد المطبقة في الإشهار.....
411	ثالثا: الرقابة على الإشهار في فرنسا.....
415	المطلب الثاني: دور الأجهزة الإدارية في محاربة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك...
415	الفقرة الأولى: المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك.....
417	الفقرة الثانية: دور الوزارة المكلفة بالمالية.....
418	الفقرة الثالثة: هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي.....
421	المبحث الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك في إرساء الشفافية في عقود الاستهلاك....
422	المطلب الأول: الدور الوقائي لجمعيات حماية المستهلك.....
422	الفقرة الأولى: التوعية والإعلان المضاد.....
424	الفقرة الثانية: المقاطعة.....
425	المطلب الثاني: الدور العلاجي لجمعيات حماية المستهلك
426	الفقرة الأولى: صعوبة ولوج المستهلك إلى العدالة.....
429	الفقرة الثانية: دعوى إبطال الشروط التعسفية.....
433	الخاتمة:
439	لائحة المراجع:
464	الفهرس: