

**الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد  
في ضوء القانون رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨**

**د. وائل عزت عبد الهادي مبارك**

## الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد

في ضوء القانون رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨

د. وائل عزت عبد الهادي مبارك

### مقدمة:

يتطور المجتمع والمفترض أن يتطور معه القانون تطور مماثلاً أو يسبقه وذلك بما يحقق المصالح العليا للمجتمع<sup>(١)</sup>.

ولكن هذا الافتراض ليس له تطبيق في الواقع العملي، ومع كثرة الفجوات داخل المجتمع وأبرزها الفجوة في المراكز التعاقدية وبخاصة الفجوة بين المحترف والمستهلك، والقوانين في الدول النامية ما زالت مبنية على افكار عتيقه تخطاها التعامل الدولي ومازالت تشريعاتها الحديثة تعاني من دخل في الفكر القانوني<sup>(٢)</sup>.

فان المحترف أو المتعاقد مع المستهلك يتميز ويتمتع بالقوة الاقتصادية والفنية والقانونية مما يجعله على مقدره من إبرام العقد وصياغه الشروط التعاقدية، وعلى الجانب الاخر نجد أن المستهلك والذي غالباً ما يفتقر الى الدراية والمعرفة ويتسرع كذلك في الاقدام على إبرام العقد، كما يزيد ايضا من ضعف المستهلك ضعف الكيانات التي تمثله ومما لا شك فيه أن هذا الخلل البين في المراكز التعاقدية والتفاوض بين كل من المحترف والمستهلك يؤدي إلى أن يقوم المتعاقد مع المستهلك بإدراج مجموعه من الشروط المجحفة بالمستهلك والتي لا يمكن تصدير قبولها عقلاً من إرادة حقيقيه واقعيه مستنيره.

ونظراً للتطورات العلمية المتلاحقة في مجالات عديده منها، الصناعية، والتجارية، والمعلوماتية، والزراعية... إلى غير ذلك من سبل التقدم الذي كان له انعكاساً كبيراً على أساليب وطرق توزيع الخدمات والسلع والمنتجات التي زادت من عمليه الاستهلاك التي

(١) أحمد فتحي سرور دور محكمه النقض في توحيد كلمه قانون بحث على موقع البوابه

الالكترونيه [www.Rashers.Com/default.asp](http://www.Rashers.Com/default.asp) اخر تحديث ٨/٥/٢٠١٣.

(٢) أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود تصميم العقد، بدون ناشر وبدون سنه طبعة

تعدت حدود التعاقد العادي لتصل إلى أنواع عديده من التعاقد عن طريق الإنترنت أو التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية وغيرها، ولم يقف التطور العلمي عند هذا الحد بل امتد إلى العديد من الابتكارات والإختراعات وقد كان لهذا التطور في المجالات المختلفة انعكاسًا كبيرًا على الأساليب التي ذكرت سابقا فقد ظهرت آليات متعددة ومتنوعة يتم من خلالها توزيع تسويق السلع والخدمات<sup>(٣)</sup>.

ونظرا لهذه التطورات العلمية الحديثة في مجال العملية الإنتاجية أدي ذلك الى عدم ملاحظه التشريعات لحمايه المستهلك، وذلك مما يؤدي إلى إصابه المستهلك بمخاطر حال تعاملته مع هذه المنتجات، حيال ذلك كان من الضروري حمايه المستهلك (الطرف الضعيف) في العلاقة التعاقدية<sup>(٤)</sup>.

وبالتالي سارع المشرع إلى إصدار قانون حمايه المستهلك، ويهدف في المقام الأول إلى إعادة التوازن وتعديل الخلل الواقع في العلاقة التعاقدية مع عدم الإجحاف بحقوق المهني أو المنتج مؤدي الخدمة، ولقد كان الغرض من إصدار هذه التشريعات حمايه المستهلك في العلاقة العقدية، وبالنظر إلى التشريع المصري نجد أنه تناول الحماية المدنية للمستهلك في قوانين متفرقه وتشريعات مختلفة لذا سوف نتناول هذه الحماية وذلك في ضوء قانون الحماية المدنية للمستهلك رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨.

#### منهج الدراسة:

المنهج التحليلي وذلك عن طريق تحليل النصوص القانونية النافذة من خلال الأطر الخاصة بهذه الدراسة.

المنهج المقارن عن طريق مقارنه الوضع في القانون المصري وما نظمه المشرع في مصر من نصوص القانون المدني أو القوانين الاخرى، التي أوردت نصوص قانونيه

(٣) د/ جابر محجوب على، ضمان سلامة المستهلك من الاضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة، بحث منشور في مجله كليه الحقوق، جامعه الكويت، السنه العشرون سبتمبر ١٩٩٦ ص ٢٠٧.

(٤) دكتور احمد عبد العال قرين، نحو قانون حمايه المستهلك ماهيته، مصادره، موضوعاته، مركز البحوث جامعه الملك سعود طبعة ١٩٩١، ص ٨.

خاصه بحمايه المستهلك وبنصوص القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ والقانون رقم ١٨١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن حمايه المستهلك مع نظيره الفرنسي وذلك خلال الأطر الخاصة بالدراسة.

#### اشكاليه الدراسة:

عدم تطرق قانون حمايه المستهلك للحمايه بشكل كاف في مرحله ما قبل إبرام العقد، وعدم وضع جزاء واضح ومناسب للمخالفات التي يرتكبها المعلن والبائع والمنتج في هذه المرحلة، بالإضافة الى عدم تحديد ضوابط للمسئولية مما يقلل من مراعاة وتنفيذ التزامات البائع والمنتج تجاه المستهلك.

#### خطة البحث:

#### الحمايه المدنية للمستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد(التفاوض)

المبحث الاول: ماهية حمايه المستهلك.

المطلب الأول: مفهوم المستهلك.

الفرع الأول: المفهوم الضيق للمستهلك.

الفرع الثاني: المفهوم الموسع للمستهلك.

المطلب الثاني: ماهية الحمايه.

الفرع الاول: معنى الحمايه.

الفرع الثاني: مجالات الحمايه.

الفرع الثالث: خصائص الحمايه.

المبحث الثاني: الالتزام العقدي بالتفاوض.

المطلب الاول: التمييز بين التفاوض على العقد وإبرامه.

الفرع الأول: مرحلة الإيجاب.

الفرع الثاني: مرحلة الدعوي الى التفاوض.

المطلب الثاني: الالتزام بالتفاوض وجزاء الإخلال به.

الفرع الأول: الالتزام بالتفاوض.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالتفاوض.

**المطلب الثالث: موقف المشرع والفقهاء من مرحلة التفاوض.**

الفرع الأول: موقف المشرع من مرحلة التفاوض.

الفرع الثاني: موقف الفقهاء من مرحلة التفاوض.

**المبحث الثالث: الحماية المدنية للمستهلك.**

**المطلب الأول: الحماية المدنية للمستهلك من الإعلانات الكاذبة والمضللة في**

**ضوء نظرية الغلط.**

**المطلب الثاني: الحماية المدنية للمستهلك من الإعلانات الكاذبة والمضللة في**

**ضوء نظرية التدليس.**

**المطلب الثالث: الحماية المدنية للمستهلك من الإعلانات الكاذبة والمضللة في**

**ضوء قانون حماية المستهلك رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨.**

الفرع الأول: موقف المشرع المصري.

الفرع الثاني: دور القضاء كأداة لمكافحة الشروط التعسفية وتفسيرها.

الفرع الثالث: القانون رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨ كأداة لمكافحة الشروط التعسفية.

## **المبحث الأول**

### **ماهية حماية المستهلك**

تهدف حماية المستهلك في الأساس الي حفظ حقوقه، وخاصة الحق في الاختيار الحر المستمر، وبكامل إرادته الحرة الواعية، وكذا حقه في توفير احتياجاته الأساسية، وهذه الحماية ليست قاصرة علي فئة معينة من المجتمع، ولكنها سياسة تنموية تهدف في المقام الأول إلي الرقي بالمجتمع ككل، وكذا بكل فئاته وطوائفه المختلفة.

ظلت مسألة حماية المستهلك حتي عام ١٩٧٠ تتعلق بالعميل المشتري وذلك حسب المعني المرادف للمستهلك، أو المستفيد من الخدمة وهذا مما يعني أن لفظ المستهلك لم يكن متعارف عليه خلال تلك الفترة.

وبالنظر أيضا في مسألة الحماية ذاتها، لم يكن هناك قواعد خاصة لهذه الحماية، حيث جري الحال علي الاكتفاء بتطبيق القواعد العامة لقانون الالتزامات، وقانون العقود،

فيما خلت من بعض الحالات النوعية حيث كانت تقوي الحماية<sup>(٥)</sup> إن التحديد الدقيق لمفهوم المستهلك يعتبر ركناً هاماً وذلك في بيان نطاق حماية المستهلك، والمعتاد فقهيًا وذلك منذ تحديد مفهوم المستهلك إبراز وجود اتجاهين رئيسيين، كما يعتقد الكثير من الفقهاء في تحديد مفهوم المستهلك<sup>(٦)</sup>.

إلا أنه من الضروري وقبل أن نشرع في بيان هذان الاتجاهان التصدي بمفهوم المستهلك، ثم بعد ذلك نتصدى لبيان مفهوم الحماية، وذلك من خلال المطلبين التاليين.

### المطلب الأول

#### مفهوم المستهلك

في ظل عدم وجود تعريف موحد في القانون الخاص بالإستهلاك، لمفهوم المستهلك، ألا أنه ليس من الصعب تأمل ذلك المفهوم، ومحاولة التوفيق بين العديد من المفاهيم المتنوعة الخاصة بالمستهلك سواء من الناحية الاقتصادية، أو من الناحية القانونية.

#### (١) مفهوم المستهلك من الناحية الاقتصادية:

يمكن القول بأن المستهلك هو الذي يقوم بالعمل النهائي للنشاط الاقتصادي ذلك النشاط الذي يتم دراسته، وذلك من حيث الإنتاج والاستهلاك والتوزيع، وعليه فإن عمل المستهلك يطابق تماماً من حيث أساسه استخدام الخدمة، أو الاستخدام النهائي للمال، بما يعود عليه من ذلك المال بالنتفع، وإما بإتلاف هذا المال وذلك بعد الحصول علي المصلحة المرجوة منه.

#### (٢) مفهوم المستهلك من الناحية القانونية:

الإستهلاك هو تصرف قانوني هدفه الحصول علي خدمة أو سلعة تهدف الي الإشباع عن طريق هذه الحاجات سواء علي المستوي الشخصي أو علي المستوي العائلي.

(٥) قانون الغش الصادر عام ١٩٠٥ وقانون ١٩٤٨ يعقود إيجار المساكن.

(٦) د/ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد دراسة مقارنة، مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، دار المعارف الاسكندرية ١٩٨٦.

أما المعني القانوني للمستهلك فهو الشخص الذي يمارس هذه التصرفات إذا المستهلك في نظر القانون هو من يقوم بإبرام عقود شراء المواد الغذائية، والحصول علي سيارة، ومن يقوم بالاقتراض، وإبرام عقود تأمين إلي غير ذلك من التصرفات<sup>(٧)</sup>، والتي من الممكن أن يقوم بها أحد الأفراد لتلبية رغباته ومتطلباته سواء الشخصية أو الأسرية والعائلية.

ولقد أثارت فكرة المستهلك جدلاً فقهيًا واسعاً، وكذا اختلافاً في أحكام القضاء، فاتجه البعض الي التوسع في فكرة المستهلك، بينما إتجه البعض الآخر التضيق من هذه الفكرة.

حيث أختلف الفقه حول موقف المهني الذي يقوم بشراء احتياجاته بغرض الإشباع وذلك سواء لمهنته او لشخصه أو لعائلته. فكان الإختلاف هل تشمل ذلك المهني الحماية المقررة للمستهلك؟ أم يعتبر خارج هذه الحماية؟ ولا يعتبر مستهلك اصلاً؟ وفيما الأول: نقوم بعرض الإتجاهين، الموسع والمضيق لمفهوم المستهلك، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

**الفرع الأول:** المفهوم الضيق للمستهلك.

**الفرع الثاني:** المفهوم الموسع للمستهلك.

### **الفرع الأول**

#### **المفهوم الضيق للمستهلك**

المستهلك وفقاً للمفهوم الضيق، هو كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية والعائلية، وفقاً لذلك لا يكتسب صفة المستهلكة وفقاً لهذا المفهوم من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه<sup>(٨)</sup>، وهذا ما عليه أغلب النصوص التشريعية في فرنسا. ويعرفه بعض الفقه بأنه: "من يقوم بإبرام العقود بهدف الحصول علي الإحتياجات الشخصية والعائلية من السلع والخدمات"<sup>(٩)</sup>

(٧) د/ حسن عبد الباسط جميعي، الحماية المدنية للمستهلك في عقود الإستهلاك، طبعة ١٩٩٦، ص ١٠.

(٨) د/ السيد محمد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد.

ويخرج من هذا التعريف من يتعاقد من أجل الحصول علي منتج أو سلعة وذلك لاستخدامها في أغراض مهنته أو حرفته أو المشروع الذي يملكه. كما يخرج من مجال الإستهلاك أيضاً الشخص الذي يقوم بشراء السلع والمنتجات بقصد إعادة بيعها، أو الشخص الذي يقوم بشراء بعض المنتجات للإستعمال المهني والحرفي<sup>(١٠)</sup>.

والسبب في استبعاد هذه الحالات من مجال حماية المستهلك يكمن في أن الشخص لا يكون بحاجة الي حماية قانونية تخرج عن حكم القواعد العامة، حيث أنه بحكم مركزه الاقتصادي وخبرته وتخصصه في مجاله المهني يضفي ذلك عليه طابع من النضوج الفكري، وبذلك هو ليس بحاجة الي تلك الحماية<sup>(١١)</sup>.

**بناء علي ما تقدم عرف البعض المستهلك بأنه:** "الشخص الطبيعي الذي يحصل أو يستخدم سلعة أو خدمة للإستعمال غير المهني"<sup>(١٢)</sup>.

كما عرفه البروفسير "جان كاليه أولو" المستهلك هو الشخص الذي يحصل علي الأموال والخدمات للإستعمال غير المهني (alais-aylay) وهذا التعريف هو الذي تبنته لجنة تنقيح وصياغة تفنين الإستهلاك الفرنسي<sup>(١٣)</sup>.

**بناء علي ما تقدم ذكره من تعريفات لمفهوم المستهلك يلزم توافر ثلاثة شروط أساسية:**

#### ١- الحصول علي السلع والخدمات.

ويعتبر هذا الشرط من الشروط التي يكتسب بها الشخص صفة المستهلك، والسلع التي تستحق الحماية، تشمل كافة المنقولات اياً كان نوعها استهلاكية أو معمرة وسواء

(٩) د/حسن عبد الباسط جميعي- حماية المستهلك في مصر بالمقارنة بأوضاع الحماية في دول السوق الأوربية والشرق الأوسط- بدون ناشر.

(١٠) د/السيد محمد عمران- حمية المستهلك أثناء تكوين العقد.

(١١) د/احمد عبد العال أبو قرين نحو قانون حماية المستهلك، ماهيته- مصادره- موضوعاته، ص ١٦/٣.

(12) D.Calais Aulog et Temple, henri<Droit de Laconsammation. Dalloz, Precis, 8emeditio, 2010,7.

(١٣) مشار اليه لدي د/ حمدالله محمد حمد الله- حماية المستهلك في مواجهه الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك- دار الفكر العربي طبعة ١٩٩٧، ص ١٢.



أكانت هذه السلع تستهلك من أول استعمال، وذلك مثل الأكل والشرب، وأدوات التجميل، وكذا المواد العلاجية كالأدوية، أو كانت هذه السلع تستهلك خلال فترة طويلة نسبياً كالسلع المعمرة، مثل الثلاجات والسيارات، والأجهزة الكهربائية المنزلية بكافة أنواعها كما تستحق الحماية أيضاً السلع المعمرة كالعقارات ومنها المساكن والأراضي وكافة العقارات، طالما أن الغرض من الحصول عليها كان لغرض غير مهني<sup>(١٤)</sup>. فمن يحصل علي شقة أو منزل للاستعمال أو السكني يستحق الحماية طالما أنه يواجه طرفاً قوياً أو محترفاً.

## ٢- المستهلك شخصاً طبيعياً.

يرى أصحاب الإتجاه المقيد أن الشخص الطبيعي هو الذي يستحق الحماية، لأنه هو الذي يقوم بإبرام العقود وتملك المنتجات واستخدامها واستهلاكها، مما يعني أن هذا الشخص عليه مدار عملية النشاط الإقتصادي بأكملها. وهذا بخلاف الشخص الإعتباري، حيث يرى أصحاب هذا الإتجاه إخراج الشخص الإعتباري من نطاق الحماية المدنية للمستهلك، إذ أنه دائماً شخص صاحب إختصاص، فهو في الأساس ينشأ لتحقيق غرض معين وإذ لم يكن غرضه ربحياً- لا يستحق وفقاً لأصحاب هذا الإتجاه الضيق الحماية المدنية للمستهلك. وعليه يجب أن يكون المستهلك شخصاً طبيعياً.

## ٣- أن يكون الغرض من السلعة أو الخدمة غير مهني.

يعتبر الغرض من التعاقد علي السلعة أو الخدمة، هو الأساس الجوهرى للفرقة بين المستهلك والمحترف، فالمستهلك يحصل علي السلعة أو الخدمة لغرض شخصي له أو لعائلته، وكذا لإشباع الإحتياجات الخاصة بهم، فلكي يعتبر الشخص مستهلك يجب أن يكون قد تعاقد للحصول علي الخدمة أو السلعة للإستخدام الخاص به، فإذا كان لغرض مهني فلا يستحق الحماية<sup>(١٥)</sup>.

(١٤) د/ أحمد عبد العال أبو قرين، نحو قانون حماية المستهلك ماهيته- مصادره- موضوعاته، المرجع السابق، ص ٥٢.

(١٥) د/ احمد عبد العال أبو قرين، نحو قانون حماية المستهلك ماهيته- مصادره- موضوعاته، المرجع السابق، ص ٥٢.

### موقف الفقه والتشريع والقضاء من الإتجاه الضيق للمستهلك في مصر أولاً: موقف الفقه المؤيد للمفهوم الضيق للمستهلك في مصر:

أصحاب هذا الإتجاه وهم أصحاب الرأي الراجح في الفقه المصري، ويرون أن المستهلك هو الذي يتعاقد من أجل الحصول على سلع أو خدمات لاحتياجاته الشخصية والعائلية<sup>(١٦)</sup>.

وأصحاب هذا الإتجاه يستندون في ذلك لنص المادة الأولى من قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦، لا يعتبر من يتعاقد من أجل إشباع حاجات تجارية أو مهنية مستهلكاً سواء كان تعاقد هذا لإشباع حاجاته التجارية أو المهنية بصفة مباشرة أو غير مباشرة، كما يتبني هذا المفهوم البعض من أصحاب الفقه الفرنسي<sup>(١٧)</sup>.

ومن الملاحظ أن أصحاب هذا الإتجاه قصروا المستهلك على ذلك الشخص الطبيعي الذي يقوم باستهلاك السلع والخدمات، ويقوم باستخدامها استخدام غير مهني. وعليه فيعتبر كل من يستخدم السلع والخدمات من هذا المنطلق يضمن عليه الحماية المدنية للمستهلك، وذلك في مواجهة الشخص المتعاقد معه.

### ثانياً: موقف المشرع من الإتجاه المضيق للمستهلك في مصر

بالنظر في نص المادة الأولى من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ بشأن حماية المستهلك، نجد أن المشرع قد حدد بطريقة دقيقة ومفصلة ما هو المستهلك، بعبارة تحمل الإتجاهين الضيق والواسع.

(١٦) د/أحمد عبد العال أبو قرين، نحو قانون حماية المستهلك ماهيته- مصادره- موضوعاته- مركز البحوث بكلية دار العلوم الإدارية- جامعة الملك سعود ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، ص ٢٣، رقم ١. د/حسن عبد الباسط جميعي، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الإستهلاك، ص ١٣. د/حمد الله محمد حمد الله- حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك دراسة مقارنة- دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٩٧، ص ١٣. د/ السيد محمد عمران، المرجع السابق، ص ٢١. د/احمد محمد الرفاعي- الحماية المدنية للمستهلك- المرجع السابق، ص ٢١. د. رمضان على السيد الشرباص- حماية المستهلك في الفقه الإسلامي- دار الجامعة الجديد للنشر- الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣٣.

<sup>17</sup> C.valgng.Droit la consommation,Dalloz 1996,p.10.

وإذا ما رجعنا الى نص المادة الأولى بند رقم (١) من القانون رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨ نجد أن المشرع ذكر الآتي  
"في تطبيق أحكام هذا القانون، يقصد بالكلمات والعبارات التالية المعنى المبين قرين كل منها

١- المستهلك: كل شخص طبيعي أو إعتباري يقدم اليه أحد المنتجات لإشباع إحتياجاته الشخصية أو العائلية ويجري التعاقد معه بهذا الخصوص.  
وبذلك يخرج من الحماية كل من يتعاقد لأغراض غير شخصية أو تجارية، إلا أن البعض من أصحاب الفقه يرون أن المشرع قد قصر في هذا التعريف من مفهوم المستهلك، وضيق منه حيث أن نص المادة الأولى من قانون حماية المستهلك جاء عاماً يفهم منه أنه تعريفاً موسعاً وضيقاً.  
وبذلك ترك المشرع الأمر لتختلف فيه الآراء بين موسع ومضيق، ولا يضع المشرع كلمته بالتحديد المضيق أم الموسع.

#### ثالثاً: موقف القضاء من الإتجاه الضيق للمستهلك في مصر

نظراً لخلو تقنين الإستهلاك من تحديد تعريف قانوني للشخص الواقع في نطاق الحماية المدنية، لذا تباينت الإتجاهات القضائية وذلك فيما يتعلق بتعريف المستهلك.  
وبذلك إنقسم القضاء ايضاً الى إتجاهين الأول وهو ما عليه الأغلبية الإتجاه المضيق وهو ما ذكرناه آنفاً، والثاني: الإتجاه الموسع للمستهلك، وهو ما سنتطرق إليه بالشرح والتفصيل في الفرع الثاني.

### الفرع الثاني

#### المفهوم الموسع للمستهلك

يعتبر الإتجاه المضيق بمثابة الجهود الأولية للمطالبة بحماية المستهلك فلا ريب أن نجد تضيقاً قدر المستطاع في بسط الحماية، وذلك على الشخص الطبيعي دون الإعتباري وأن يكون تزوده بالسلع والخدمات لشخصه أو لعائلته، وأن يكون هذا التزود لغرض غير مهني ولا حرفي ولا تجاري كما أسلفنا القول في ذلك، وفي هذه الأثناء ظهرت بشائر حماية المستهلك.

ولكن الملاحظ أن مبررات الإتجاه المقيد في حماية المستهلك تعتبر استثناءً على الأصل، وذلك في العلاقات التعاقدية مما يعني أنه لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه أو أن التوسع في حماية المستهلك مما قد يضر بمصلحة المتعاقد معه وهو ما يسمى "المحترف"

ومن أجل بسط الحماية إلي أكبر قدر ممكن من المستهلكين لذا اتجهت العديد من الآراء الى التوسع في مفهوم المستهلك فثار الخلاف حول دخول بعض الفئات الى الحماية، وهل يعتبر من طائفة المستهلكين أم من المنتجين أم من المهنيين أم من البائعين.

على سبيل المثال: هل يعتبر المدخر الذي يقوم بإدخار جزء من ثروته لتوظيفها في إشباع احتياجاته في المستقبل مستهلكاً أم لا؟ كذلك المهني الذي يقوم بالتعاقد للحصول علي سلعة أو خدمة خارج نطاق تخصصه هل يعتبر مستهلكاً أم لا؟ وكذا الشخص الإعتباري هل يعتبر مستهلكاً أم لا؟

لذا يجب علينا بداية أن نتصدى لبيان التصور الواسع لمفهوم المستهلك والذي يدل أنصاره أن المستهلك هو كل شخص يتعاقد بهدف الإستهلاك<sup>(١٨)</sup>.

بناءً على ذلك سألين موقف الفقه من الإتجاه الموسع ثم بعد ذلك سأتطرق لبيان موقف التشريع والقضاء من الإتجاه الموسع وذلك علي النحو التالي:

#### أولاً: موقف الفقه من الإتجاه الموسع.

لقد ثار الخلاف بين أصحاب الاتجاه الموسع حول مفهوم المستهلك لذا ذهب بعض الى تعريف المستهلك بأنه: "هو من يزود بسلع وخدمات اياً كانت وسيلة التعاقد لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية إذا لم يتعلق بأعمال مهنته سواءً كان شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً وسواءً أكان مهنياً أم لا"<sup>(١٩)</sup>.

(١٨) د/ عاطف عبد الحميد حسن- الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان- المرجع السابق، ص ٢٥.

(١٩) د/ محمد المرسي زهرة- الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني- الاثبات الإلكتروني- المستهلك الإلكتروني- دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ٧٩.

ويتضح لنا "من هذا الرأي أصحاب هذا الإتجاه أدخل الشخص الإعتباري في نطاق الحماية، حيث أنه لم يقتصر من خلال التعريف علي الشخص الطبيعي كما هو الرأي عند أصحاب الاتجاه الضيق بل توسع وأدخل في ذلك الشخص الإعتباري، كما يلاحظ من التعريف أيضاً أن أصحاب هذا الإتجاه قد بسطوا الحماية علي المهني وهو ما يسمي المحترف".

ولكن بشرط ألا تكون هذه الأعمال والتصرفات متعلقة بأعمال مهنته وعليه يلاحظ أن أصحاب هذا الإتجاه ينظرون الي المستهلك بمعيار موضوعي وليس بمعيار شكلي كأصحاب الإتجاه الضيق.

ويري أصحاب الاتجاه الموسع بمعيار موضوعي، أن المستهلك الذي يتعاقد ويتعامل خارج نطاق مباشرة المهنة أو الحرفة ضعيفاً، ويستحق الحماية. بينما ذهب بعض الفقه من أصحاب الإتجاه الموسع الي تعريف المستهلك بأنه "كل شخص يتعاقد بهدف الإستهلاك.

**ولكن يستبعد فرض الشراء من أجل إعادة البيع، لأن المال لا يستهلك هنا<sup>(٢٠)</sup>.**

وعليه يراي أصحاب هذا الرأي أن الشخص الذي يتعاقد أو يتصرف تصرفات تتعلق بمهنته أو حرفته شخصاً مستهلكاً أيضاً، ولكن شريطة الا تكون هذه التصرفات متعلقة بإعادة البيع، أي أن الشخص المستهلك لا يشتريها من أجل إعادة بيعها مرة أخرى أو من أجل إعادة التشغيل.

بناءً على ما ذهب اليه أصحاب هذا الرأي فإن جميع التصرفات التي يبرهما الشخص وتتعلق بمهنته يبسط عليها الحماية- طالما أن هذا التصرفات لا يقصد منها الربح وإعادة البيع مرة أخرى وبناءً على ذلك "يعتبر مستهلكاً كل من يقتنى سيارة لإستعماله المهني، ما دام أن السيارة تستهلك في الحالتين عن طريق الإستعمال<sup>(٢١)</sup>.

(٢٠) د/ حسن عبد الباسط جميعي- أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين علي شروط العقد- دار النهضة العربية، سنة ١٩٩١، ص ٦١.

(٢١) د/ عبد الحميد الديسبي عبد الحميد- المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسئولية المنتج دراسة مقارنة دار الفكر والقانون- المنصورة سنة ٢٠٠٩، ص ٣٠.

بينما ذهب بعض الفقه الى تعريف المستهلك في ظل الإتجاه الموسع بأنه "كل شخص يتعاقد بهدف إستعمال أو إستخدام ما أو خدمة سواء لإستعماله الشخصي أو إستعماله المهني"<sup>(٢٢)</sup>.

مما ذهب اليه أصحاب هذا الرأي يتبين لنا أن المستهلك هو شخص طبيعي أو إعتباري يقوم بإستخدام السلع والخدمات، سواء أكان هذا الإستخدم للإستعمال الشخصي للمستهلك أو للإستعمال المهني ويتساوى في ذلك كون الإستمعال داخل المنشأة أو خارجها لإعادة بيعها مرة أخرى.

وبذلك فإن هذا الإتجاه يحمي المستهلك في جميع حالاته بالمساواة في ذلك بين الشخص الطبيعي والإعتباري، كذلك أيضاً بالمساواة في كون المستهلك يستخدم هذه السلع والخدمات إستخداماً شخصياً أو عائلياً، وبعدم التفرقة كذلك بين ما إذا كان مهنيًا وداخل نطاق إختصاصه أم كان الإستخدم لأغراض غير مهنية.

#### ثانياً: موقف المشرع من المفهوم الموسع للمستهلك:

عرف المشرع المصري في القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ بنص المادة الأولى المستهلك بأنه "كل شخص تقدم اليه احد المنتجات لإشباع احتياجات الشخصية او العائلية او يجري التعامل او التعاقد معه بهذا الخصوص"<sup>(٢٣)</sup>.

يتضح من هذا التعريف انه لم يحمي المستهلك عند إشباعه إحتياجاته المهنية، كمن يشتري سيارة لخدمة مشروعه او مهنته، بخلاف ما إذا استخدمها الشخص إستخداماً شخصياً له ولعائلته ففي هذه الحالة يبسط عليها نطاق الحماية.

كما يلاحظ على تعريف المشروع ايضاً أنه ركز على الجانب الشكلي حيث أنه نظر الى شخص المتعاقد كمحدد في ذلك لمفهوم المستهلك.

#### وجاء المشرع في القانون رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨ ونص على الآتي:

في تطبيق احكام هذا القانون يقصد بالكلمات والعبارات التالية المعنى المبين قرين كل منها: المستهلك: كل شخص طبيعي او اعتباري يقدم اليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته غير المهنية او غير الحرفية او غير التجارية او يجري التعامل او التعاقد معه بهذا الخصوص.

(٢٢) د/ عبد الحميد الديسبي عبد الحميد- مرجع سابق، ص ٣٠.

(٢٣) المادة الأولى من قانون حماية المستهلك المصري ٦٧ لسنة ٢٠٠٦.

ويلاحظ على نص المادة الاولى من قانون ١٨١ لسنة ٢٠١٨ أن المشرع أدخل هنا المستهلك الشخص الطبيعي والاعتباري إلا أنه ظل مقيداً ايضاً، يكون تعامله او تعاقدته لأغراض غير مهنية أو غيري حرفيه او تجاربه. ونلاحظ ايضاً أن الفقه توسع في نطاق الحماية الخاصه للمستهلك من خلال العرض السابق مقارنة بالتشريع.

#### ثالثاً: موقف القضاء من المفهوم الموسع للمستهلك:

دارت احكام القضاء حول معيارين أساسيين وذلك لتحديد مفهوم المستهلك وهما المعيار المتعلق بالمهنة، أي يجب ان يكون التصرف المبرم من المستهلك خارج نطاق مهنته او تخصصه وذلك كي يمتد اليه نطاق الحماية القانونيه المقرر للمستهلك، والمعيار الثاني هو معيار متعلق بالتخصص يجب ان يكون التصرف الذي أبرمه المهني حتى ولو كان في تصرفات متصله بمهنته ولكنه خارج نطاق تخصصه ففي هذه الحالة تمتد اليه الحماية المقرر، وهذا مما يعتبر تطوراً في تحقيق قدراً كبيراً من الحماية للمستهلك فلو أبرم مهنيّاً تصرفان كان أحدهما داخل نطاق اختصاصه والآخر خارجه تمتد اليه للاول دون الثاني.

### المطلب الثاني

#### ماهية الحماية

##### تمهيد:

أن من واجبات المشرع، ومن الأمور المفروضة حماية كل فرد من أفراد المجتمع من أي إستغلال أو غش قد يقع فيه، وذلك لتأمين سلامة معاملات الأفراد، وذلك عند شراء إحتياجاتهم الأساسية من السلع والخدمات التي يتعاملون بها ففي ذلك حماية له من أي ضرر من الممكن أن يتعرضوا إليه.

لذلك كان من الضروري أن يهيئ المشرع جواً من الأمان، والثقة والطمأنينة للأفراد حال تعاملهم مع المحترفين في توفير إحتياجاتهم الأساسية، وهذا ما سأعرض له خلال هذا المطلب مبيناً من خلال الفروع التالية، معنى الحماية، ومجالات الحماية، وخصائص الحماية.

## الفرع الأول معنى الحماية

### الحماية اصطلاحاً:

تأتي من حمى فلاناً حمياً، وحماية: منعه ودفع عنه.  
ومضمون ذلك منع الشخص مما يضره وذلك بأي شكل من الاشكال.

### الحماية قانوناً:

يتلخص مفهوم حمايه المستهلك حول كفالة حق المستهلك في الحصول علي منتج يلبي رغباته واحتياجاته، وذلك نظير ما دفعه من مبالغ ماليه.  
وبمفهوم أعم وأشمل فإن الحماية المقصود بها في هذا الصدد توفير الأمان بمعناه الشامل وذلك بتحقيق الحد الأدنى من الحياة الكريمة لأفراد المجتمع، وذلك بمساندتهم بالقوانين التي تتصدى للممارسات الضارة بحقوق الأفراد، ومعالجة هذه الممارسات من خلال سن القوانين والتشريعات في مواجهاتهم.

هذا وتكمن أهميه الحماية في ان المستهلك هو الطرف الضعيف في التعاقد، بينما المهنيون في مركز قوه، حيث ان المستهلك هو شخص ضعيف اقتصادياً وقانونياً، كما أنه أيضا قليل الخبرة بالنظر الى المهني المحترف، وأيضاً لأنه في بعض المعاملات ومنها الإلكترونية يكون التعاقد فيها عن بعد فلا يكون المنتج محل التعاقد بين يدي المستهلك، وهنا واجب على القانون أن يتعرض لحماية المستهلك، وذلك لاستخراج اليات لازمه لإعادة التعاون في العلاقات الاستهلاكية بما يحمو الضرر والخطر عن المستهلك<sup>(٢٤)</sup>.

كما يمكن القول بأن حماية المستهلك يقصد بها بوجه عام حفظ حقوقه وضمان حصوله علي تلك الحقوق مثل المهنيين في كافة المجالات سواء أكانوا تجاراً، أو صناعاً، أو مقدمي خدمات، أو شركات، أو غير ذلك في إطار التعامل التسويقي الذي تكون محله سلعه او خدمه تقدم للمستهلك<sup>(٢٥)</sup>.

<sup>(٢٤)</sup> د/ محمد عفيفي حموده- مفهوم حمايه المستهلك بحث مقدم للجنة العلوم الإداريه بالمجلس الأعلى للثقافه، القايره، ١٩٨١، ص٣.

<sup>(٢٥)</sup> د/ جاسم ناصر عبد العزيز، ناصر الحمايه الجنائيه للمستهلك دراسه مقارنه مصر الكويت رساله دكتوراه كليه الحقوق جامعه حلوان.



## الفرع الثاني

### مجالات الحماية

تتخصص حماية المستهلك في اربع مجالات على النحو التالي

#### أولاً: حماية الامن الجسدي للمستهلك

بالنظر الى طبيعة المصلحة المحمية يمثل هذا المجال قدراً من الأهمية، خاصة في ضوء التطور الصناعي، والتطور التكنولوجي الذي صاحب إنتاج السلع وتنوعها والخدمات وتنوعها هذا ومع التطور العلمي اختص النموذج البسيط للسلعة والتي كانت تنتج في الاساس من مواد اولية بسيطة، ومع تطور التكنولوجيا ثم استخدام المواد الكيميائية او الإشعاعية والأنظمة الكهربائية والكهرومغناطيسية والميكانيكية الى تعرض صحة وسلامه جسد المستهلك لقدر كبير من المخاطر، وتتوعد هذه المخاطر والمنتجات بمخاطر عده، ولكنها تتميز جميعها بما تشكله من خطورة على امن وسلامه مستعملها وعلى اموالهم<sup>(٢٦)</sup>.

لذلك كان من الضرورة بمكان وضع ضوابط ومعايير يجب أن تخضع لها السلع عند انتاجها، وكذلك اعتماد التدابير المناسبة وخاصة التدابير القانونية وتدابير الامن والسلامة وذلك لضمان جودة المنتج وخلوه من العيوب الخفية وكذلك لتحقق من عنصر السلامة لجميع المستهلكين عمليات السحب والمنتجات التي تظهر خطورتها وذلك بعد طرحها في الاسواق نتيجة لفسادها او انتهاء صلاحيتها مع اخطار وإعلام جميع المستهلكين بذلك بسطاً للحماية اللازمة عليهم<sup>(٢٧)</sup>.

#### ثانياً: الحماية الاقتصادية للمستهلك

ويقصد بهذه الحماية هنا: الاستفادة القصوى من الموارد المالية للمستهلكين، وذلك عن طريق حمايتهم من الممارسات التي تضر بمصالحهم الاقتصادية، فساد المستهلك مبلغ السلعة او الخدمة يعني حقه في الانتفاع بها على نحو يوازي ما سدده مقابلاً لذلك.

<sup>(٢٦)</sup> د/ احمد عبد العال ابو قرين- عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع واحكام القضاء، دار النهضة

العربية، الطبعة الثالثة ٢٠٠٦، ص ٤٣٣.

<sup>(٢٧)</sup> د/ حسن عبد الباسط جميعي- مفاهيم حماية المستهلك في مصر- والعالم، مرجع سابق، ص ١٩.

كذلك فان وجود منافسة نزيهة بين المنتجين تؤثر بالإيجاب في إنتاج السلع وتقديم الخدمات بصورة جيدة وبأقل تكلفه وهذا ما يصب في مصلحة المستهلك<sup>(٢٨)</sup>.  
حيث أن العيب بالسلع والمنتجات وتعرضها لأساليب الغش المختلفة، وكذلك التلاعب بأسعارها ومكوناتها هذا مما يؤدي الى عدم تحقيق المصلحة الاقتصادية للمستهلكين بل على العكس من ذلك يؤدي الى الإضرار بها.  
كذلك ايضا يتأثر هذا المجال من مجالات الحماية، وذلك بالنظر الى وجود تدابير قانونية وإدارية تمكن المستهلك من الحصول على التعويضات مع ما يسبق ذلك من تيسير إجراءات التقاضي.

#### ثالثاً: حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك

باعتبار ان الإرادة هي مصدر التعبير عن الرغبة في التعاقد، فيجب ان يتكامل لإرادة المستهلك كافة عناصر قوتها من حريه ووعي وسلامه، ترتيباً على ذلك يعتبر ما يبرمه المستهلك من عقود وخدمات وتصرفات صحيحة وسليمة.  
كذلك ايضا وبالنظر الى ان الإرادة هي من اهم عناصر التعاقد خاصة في مرحله ما قبل إبرام العقد يجب ان تكون هذه الإرادة سليمة وخالية من كل العيوب التي تشوبها من غلط و غش وتدليس أو اكراه للمستهلكين فإذا ما تمت صحيحة وأقدمت علي إبرام العقد صحيحة تصيح بذلك باقي مراحل إبرام العقد صحيحة وسليمة.  
وعليه يجب أن تخلو هذه الإرادة من أية ضغوط تدفعها الي التعاقد دون رغبة حقيقية منها على سبيل المثال الإعلانات التي تحت علي التعاقد ولا تعطي للمستهلك فرصة للتفكير وما فيها من مبالغات وأساليب إغراء<sup>(٢٩)</sup>.  
بذلك يجب أن يكون إعلان المهني عن السلعة مبينا كافة ما فيها بما لها وما عليها حتي يكون المستهلك بذلك علي بصيرة من أمره في التعاقد من عدمه، فإذا ما أقدم علي التعاقد كان تعاقدته بذلك صحيحاً.

(٢٨) د/ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٢٠.

(٢٩) د/ أبو العلا علي أبو العلا النمر- حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي-

دار النهضة القاهرة، سنة ٢٠٠٤، ص ٨.

#### رابعاً: حماية فكر المستهلك وثقافته

ويقصد بحماية فكر المستهلك هنا إلمام المستهلك بأكبر قدر من المعلومات حول السلع والخدمات والسوق بما فيه من عرض وطلب، وأسعار، ومن الممكن أن يطلق عليها ثقافة السوق فيما يتعلق بالمسألة الإستهلاكية إجمالاً، وهو أحد الأساليب التي بها يدرك المستهلك الواقع الاجتماعي بما فيه من علاقات ونظم وفهمه لما يدور من أحداث وما يعقبه من ردود أفعال متباينة علي نحو يتحقق معه الوصول الي المستوى المتميز من الوعي الإستهلاكي، وذلك بوصفه أهم الدعائم التي تساهم في تبصرة المستهلكين بحقوقهم وواجباتهم<sup>(٣٠)</sup>.

كما تتأني ايضاً فكره حمايه المستهلك فكراً وثقافياً من خلال توعيته بكافه الطرق وذلك من خلال الجمعيات الخاصه بحمايه المستهلك، وكذلك القوانين التي تهدف الى نشر البيانات والمعلومات الخاصه بالسلع والخدمات، والنص كذلك على النصوص الجزائية التي تعاقب على مخالفه ذلك. كذلك وفي هذا الإطار أيضاً يجب وضع برامج ثقافيه تتناول هذه البرامج العديد من الموضوعات مثل الصحه العامه، والتحذير من المواد الضاره بالسلع والمنتجات والإحاطه بالمخاطر الكامله فيها مع التعرض بالتحليل والمواجهات لأساليب الغش المختلفه<sup>(٣١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### خصائص الحماية

تتسم حمايه المستهلك بمجموعه من الخصائص وهي:

#### أولاً: عمومية الحماية

لكي يتمتع المستهلك بالحمايه التي اقرتها القواعد والقوانين يجب ان يكون المتعاقد مستهلك بالمعنى الذي بيناه انفاً، فقواعد وقوانين الاستهلاك ترفض التفرقة بين طوائف المستهلكين لان الواقع العملي يرفض ذلك، وبذلك فان كل شخص بينطبق عليه وصف المستهلك يتمتع بعموميه الحماية ويستفيد من عموميه الحماية. وعلى الرغم من ان موضوعات الحماية وابعادها المختلفه تتماشى مع مفردات العديد من المجالات

<sup>(٣٠)</sup> د/حسن خضر - حمايه المستهلك في ظل النظام العالمي الجديد- ندوة منعقدة بوزارة التموين

المصريه في ٢/١١/٢٠٠٠.

<sup>(٣١)</sup> د/ حسين عبد الباسط جميعي - حمايه المستهلك في مصر والعالم- المرجع السابق، ص ٢١.

الاقتصادية والسياسية والاجتماعية تناولها اكثر من قانون، الا انه يظل ذلك الطابع من العمومية<sup>(٣٢)</sup>.

#### ثانياً: شمولية الحماية

لا تكفي عموميه الحماية لكي تفي بمتطلباتها بل يجب ان تحيط الحماية لجميع تعاملات المستهلك دون تفریق بين مرحله واخرى ومجال واخر فالحماية العقدية يجب ان تشمل جميع مراحل التعاقد وذلك بدءاً من مرحله التفاوض وهي المرحلة السابقة على ما قبل ابرام العقد ثم مرحله تكوين العقد في اخر مرحله هي مرحله تنفيذ العقد وانتهاء المرحلة التي تلي ذلك. كما أنه تكتمل شموليه الحماية في هذا الاطار بأن تكفل الحماية لجميع المستهلكين وذلك في جميع اقاليم الدولة دون تفرقه او تمييز في ذلك بين اقليم واخر حتى تأخذ الشمولية شكلها القانوني.

#### ثالثاً: دائمية الحماية

قلنا ان الحماية يجب ان تكون عامه تحيط بجميع تعاملات المستهلكين دون تفریق بين طوائف المستهلكين، ويجب ان تكون الحماية ايضا شامله لجميع مراحل التعاقد بدء من مرحلة التفاوض وصولاً الى مرحله تنفيذ وانتهاء العقد.

ويجب ايضا ان تكون الحماية دائمة بمعنى ان يستفيد منها المستهلك بشكل دائم ومستمر ودون تخصيصها بوقت معين او مجال معين. فالحماية في هذا الاطار بحاجة الى مزيد من التقدم وذلك في ضوء ما يعتري المجال الاستهلاك عموماً من تغيير مستمر بشكل يستدعي التفكير في اساليب وانماط حمايه اخرى.

#### رابعاً: الحماية والملائمة

الهدف من حمايه المستهلك ليس الاخلال بحقوق الطرف الاخر من الحماية العقدية أو انتصار مصالح فئة اجتماعيه على مصالح فئة اجتماعية اخرى، ولكن دعم مصالح المستهلك هو المرجو من الحماية، ومن عمليه العدالة والملائمة للمستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية لذلك يجب ان تتصف الحماية بالعدالة في موازنتها لحقوق وواجبات مصالح واطراف كل تعاقد<sup>(٣٣)</sup>.

<sup>(٣٢)</sup> د/ جاسم ناصر عبد العزيز- رساله دكتوراه مقدمه لجامعه حلوان كلية الحقوق، ص ٩٠.

<sup>٣٣</sup> د/ انور احمد رسلان- الحماية التشريعيه للمستهلك- تقرير مقدم الى ندوه حمايه المستهلك في ظل

النظام العالمي الجديد المنعقد وزاره التموين المصريه ١١/٢/٢٠٠٠ ص ٨.

## المبحث الثاني

### الالتزام العقدي بالتفاوض

تعتبر مرحلة التفاوض من أهم مراحل إبرام العقد وأخطرهما لما تحتويه هذه المرحلة من تحديد أهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد وبما ينشأ عنه من مشكلات قانونية عديده.

فكلما كان الإعداد للعقد جيدا بكل حريه ودراسة وطمأنينة وعقلانية كلما كان مضمون العقد متوازنا ومتعادلا ومتكافئا، لا يشوبه نقص او غموض او ابهام، ويعرف بذلك كل طرف من أطراف التعاقد بما له من حقوق وما عليه من واجبات الامر الذي يضي نوع من الحماية الكاملة للمستهلك.

على العكس من ذلك كلما كان العقد غير معدود له جيدا أو غير مدروس، وكلما كان رديئا وسيئا، وكانت مفاوضاته مصحوبه بشيء من السرعة والإرتجالية وعدم التأني، كانت صياغته مبهمه وغامضه ومتناقضه في ذات الوقت مما يصحب ذلك بالعديد من الخلافات بين طرفي التعاقد.

لذلك كانت مرحلة التفاوض على العقد وهي مرحلة ما قبل إبرامه من الأهمية بمكان ونظرا لكون المشرع لم يتعرض بتنظيم لهذه المرحلة مكتفيا في ذلك بالإهتمام بالمرحلة التالية على إبرام العقد وذلك كالتص على تنفيذ طرفي العقد التزاماتهم والجزاء المترتب على مخالفه كل طرف من طرفي التعاقد الالتزامات المنصوص عليها في العقد، وكذلك من خلال نص المشرع بتنظيم عناصر المسؤولية العقدية، وذلك من خطأ وضرر وعلاقة السببية بين كل من الخطأ والضرر وإزاء صمت المشرع على التعرض بنصوص قانونيه تنظم مرحله ما قبل التعاقد وهي مرحله التفاوض تظهر أهميه هذا البحث.

لذلك سأتناول في هذا المبحث هذه المرحلة بشيء من التفصيل من خلال ثلاثة

مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: التمييز بين التفاوض على العقد وإبرامه.

المطلب الثاني: الالتزام بالتفاوض وجزاء الإخلال به.

المطلب الثالث: موقف المشرع والفقهاء من مرحلة التفاوض.

## المطلب الأول

### التمييز بين التفاوض على العقد وإبرامه

التفاوض هو عملية تقديم المقترحات بين كل من طرفي العقد وتبادل وجهات النظر، وذلك لحين وصول كلاً من الطرفين لعرض مقبول ومتوافق بين كلاً منهما، هذا ويعتبر مبدأ حرية الإرادة وحرية التعاقد والتعبير عن الإرادة كما نص على ذلك المادة ٩٠ بند ١ مدني، وقد يكون باللفظ او بالإشارة المتبادلة عرفاً، كما يكون ايضاً باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقته المقصود وهو ما يعرف بالتعبير الصريح ولكن ليس هناك ما يمنع ان يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً<sup>(٣٤)</sup>.

ويعتبر التفاوض هو محاوله وصول كلا من طرفي العقد بكافة وسائل الإتصال والطرق والأساليب التقليدية منها والحديثة الى افضل شروط للتعاقد لكل من المحترف والمستهلك، وبناء على ذلك فإن العقد يمر بمرحلة تسمى مرحلة ما قبل التعاقد وهذه المرحلة تسمى بمرحلة التفاوض ويكون العقد خلال هذه المرحلة جاهزاً للإبرام والتوقيع عليه، ولكن لا يتم التوقيع وإنما يكون العقد جاهزاً فقط للتوقيع عليه وهذه المرحلة عادت ما تبدأ من لحظة طلب احد طرفي التعاقد رغبته في التعاقد للطرف الاخر وتنتهي هذه المرحلة بانعقاد العقد.

وعلى ما تقدم فمرحلة التفاوض على العقد هي المرحلة التي يجري فيها مناقشة شروط العقد ودراسة جدواه من الناحية الاقتصادية وذلك بهدف التوصل الى اتفاق بشأنه<sup>٣٥</sup>

اما مرحله العقد فهي المرحلة التي يتم فيها انعقاد العقد نهائياً وذلك عن طريق تبادل ايجاب وقبول متطابقين وذلك دون الدخول في تفاصيل حول شروطه فالإيجاب يمثل الشروط التعاقدية الناتجة عن التفاوض وينعقد بهذه الشروط اذا ما صادفها قبول<sup>(٣٦)</sup>.

(٣٤) د/ احمد عبد العال ابو قرين عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع واحكام القضاء الطبعة الثالثة، ص ٣٠.

(٣٥) د/ عبد العزيز المرسي حمود- الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى- دراسة مقارنة- طبعه ٢٠٠٥ مكتبة الكتب العربية ص٧.

وهذا بخلاف التفاوض حيث تنتهي هذه المرحلة في الوقت الذي يظهر فيه الإيجاب بذلك يكون هناك فارق بين التفاوض وإبرام العقد، حيث يكون الإيجاب هو الفاصل ما بين التفاوض والإبرام فإذا ما وجد الإيجاب انتهت بذلك مرحلة التفاوض ودخلنا في مرحلة إبرام العقد، وإذا ما عدم الإيجاب بذلك يصبح الطرفين في مرحلة ما قبل إبرام العقد وهي مرحلة التفاوض.

لذلك يجب علينا أن نفرق ما بين مرحلة الإيجاب والدعوة للتفاوض اليه من خلال

الفرعين:

الفرع الأول: مرحلة الإيجاب.

الفرع الثاني: مرحلة الدعوى إلى التفاوض.

### الفرع الأول

#### مرحلة الإيجاب

يؤدي الإيجاب مباشرة إلى إبرام العقد وذلك بعد اقترانه بقبول الطرف الآخر وكل ما يتضمنه الإيجاب من شروط تعاقدية تعد ملزمة<sup>(٣٧)</sup>، ان الإيجاب هو نتاج ما أسفرت عنه مرحلة التفاوض بكافه الشروط وتفاصيل التعاقد حيث ينتقل بعد ذلك الى صياغة هذه الشروط والتفاصيل في عقد بين طرفي التفاوض.

وعليه يمكن تعريف الإيجاب بأنه: هو تعبير عن إرادة الشخص يعرض على شخصاً آخر أو على أفراد المستهلكين إبرام عقد معين وفقاً لشروط محددة بحيث أنه إذا ما اقترن بهذا العرض قبول إنعقد العقد<sup>(٣٨)</sup>.

(٣٦) د/ عزت عبد المحسن ابراهيم- الحماية المدنية للمستهلك من الشروط الخفية- رساله دكتوراه

جامعه عين شمس كلية الحقوق سنة ٢٠١٣ ص ١٠١.

(٣٧) د/عرويه شافي عرطي المعموري- التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد دراسة مقارنة

رساله ماجستير مقدمه الى مجلس كلية الحقوق جامعه بابل ٢٠٠٨ ص ٧٣.

(٣٨) نقض مدني ٩ يونيو ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠٣ رقم ١٠١٧، ١٥٩.

كما عرفت محكمه النقض المصرية الإيجاب بانه: العرض الذي يعبر به الشخص الصادر فيه على وجه جزم عن ارادته في إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابقا انعقد العقد<sup>(٣٩)</sup>.

والاصل أن الإيجاب إذا تضمن كل العناصر الجوهرية للعقد محل التفاوض وتم تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين ينعقد به العقد بالهدف المرجو منه، ولم يعد الطرفان يتحاوران او يتناقشان حول شروط العقد المراد إبرامه بل أنهما في هذه المرحلة يستعدان الى جمع شتات ما تم الإتفاق عليه بغية عمل مشروع نهائي للعقد ووضع الايجاب في صيغته ملموسه والدخول في مرحله الصياغة للحلول المقترحة في مرحله المفاوضات<sup>(٤٠)</sup>.

وعلى ذلك يجب ان يكون الإيجاب واضح وجازما، وباتا وصادرا عن نيه قاطعه وحاسمه، وتدلل دلالة صريحه بشكل ليس فيه غموض او اخفاء، ويعكس ذلك عزمها نهائيا على التعاقد بحيث، ينشأ العقد بمجرد قبوله ودون التوقف على امر اخر، وعلى ذلك يجب أن يتوافر في الإيجاب الشروط التالية:

**أولاً: يجب أن يكون الإيجاب واضحا وجازما.**

بداية توجيه الإيجاب الى الغير يجب ان يكون جازما ولا يعني ذلك أن يرتبط الإيجاب بتحفظ محدد في مدلوله، إذ أنه من الممكن أن يقترن الإيجاب بتحفظ ما وعلى الرغم من ذلك يكتسب صفه الايجاب ويعتبر باتا، وذلك كأن يربط الموجب إيجابه بعدم نفاذ كميته البضاعة، فذلك التحفظ لا ينافي كون الإيجاب جازما وباتا، ولكنه إذا ما اقترن الإيجاب بتحفظ علي إرادة من صدر عنه الإيجاب فإن ذلك لا يعد إيجابا، بل هو بذلك

(٣٩) نقض مدني ١٦/١١/١٩٨٦، الطعن رقم ٢٣٧٢ لسنة ٥٢ق، والطعن رقم ٩٢٤، والطعن رقم ٩٤٣ لسنة

٥٢ق جلسة ٣٠/٨/١٩٨٨، نقض مدني ٢٤/٦/٢٠٠٦، الطعن ٥٧٩، لسنة ٥٩ق. الاستاذ/خالد

شهاب، الأستاذ/ محمد عبد الوهاب، موسوعة أحكام ومبادئ النقض الجزء الأول ص ٤٠٠ وما بعدها.

(٤٠) د/ عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الاول مصادر الحق في الفقه

الاسلامي دراسه مقارنه بالفقه، العربي مقدمة وصياغه العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت

لبنان عام ١٩٥٤.



دعوه للتفاوض او التعاقد، وذلك كان يرتبط بالإيجاب بإمكانية تعديل الشروط الواردة فيه، أو أن الموجب له الحق في أن يرفض إبرام العقد دون إبداء الأسباب، ويعتبر ذلك دعوه للتفاوض والتعاقد فبمثل هذه التحفظات لا يعد ذلك ايجاباً<sup>(٤١)</sup>.

وبناء على ما سبق يتبين لنا أنه يجب أن يكون الإيجاب دالا لدلاله قاطعه وصريحة وبما لا يدع مجالاً للشك على العزم النهائي للطرف الصادر منه على التعاقد، بحيث أنه بمجرد أن يقترن به قبول ينشأ بذلك العقد دون التوقف على اي شيء اخر.

**كذلك يجب أن يكون الإيجاب غير متعلق بأمر اخر كان يكون مشروط بشرط أو**

#### **تحفظ.**

والتحفظ هو كل قيد يفرضه الموجب قاصداً به إما تقييد إبرام العقد ابتداءً وذلك بان يشترط موافقته على شخص المتعاقد الاخر، أو يقيد إبرامه وفقاً للشروط التي تضمنها الإيجاب كان يعرض شيئاً بثمن معين يتحفظ فيه بحقه في تعديل الثمن فيما بعد<sup>(٤٢)</sup>.

والتحفظ اما صريح أو ضمني فالصريح ما يفرضه الموجب بنفسه، اما التحفظ الضمني فهو ما تمليه ظروف وطبيعة العقد المراد إبرامه وكذلك العرف السائد في العادات الجارية.

كما يجب التنبيه الى أنه إذا كان الإيجاب مقترن بشرط أو بتحفظ يتوقف تحققه على مطلق إرادة الموجب فهنا يجب التفريق بين التحفظ المطلق والذي يخول لصاحبه حريه مطلقة بصدد إبرام العقد أو عدم إبرامه ومثل هذا التحفظ يؤدي الى تجريد الإيجاب من صفته بحيث يصبح بذلك مجرد دعوة الى التفاوض<sup>(٤٣)</sup>.

(٤١) د/ حمدي احمد عبد الرحمن مرجع سابق ص ١٩١، ١٩٠، ١٨٦، د/ عبد الرازق السنهوري مرجع سابق ص ٢٠٧، د/ حسام الدين كامل اللاهوني، مصادر الالتزام مرجع سابق ص ١١١، ١١٠، د/ احمد عبد العال ابو كريم عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع الطبعة الثالثة ٢٠٠٦ ص ٣١.

(٤٢) د/ عبد العزيز المرسي حمود الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية المرجع السابق ص ١٣.

(٤٣) د/ عبد العزيز المرسي حمود الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، المرجع السابق ص ١٣.

**ثانياً: يجب أن يكون الايجاب محددا بشكل كاف.**

كذلك يجب ان يكون الايجاب الذي تنتهي به المفاوضات متضمنا طبيعة العقد المراد ابرام وشروطه الجوهرية بحيث لا يبقى سوى صدور القبول المطابق له من جانب الموجب له بدون تعديل او حذف او بيان او اضافته<sup>(٤٤)</sup>.

وعلى ذلك فالعناصر الجوهرية هي التي تقتضيها طبيعة العقد ذاته وبدونها يتعذر معرفه نوع العقد المراد ابرامه وعليه لا يقوم العقد، إذا لم يتضمن الايجاب بيانا كافيا لعناصره الجوهرية بالكامل وذلك بغض النظر عن مدى اهميتها في نظر احد المتعاقدين أو كليهما<sup>(٤٥)</sup>.

بذلك يجب ان يكون الايجاب محددا بشكل كافي وواضح كافة العناصر الجوهرية والأساسية والتي من خلالها تتضح كل مواصفات وبيانات العقد لكل من طرفي التعاقد. ويرى احد الفقهاء أن الإيجاب يقتصر على تحديد العناصر الأساسية في البيع، وهي الثمن والشئ المبوع وهنا يتعين أن يأتي الجواب طبق للإيجاب في هذين العنصرين، وهما من العناصر الجوهرية في العقد، اما العناصر الثانوية وفقا لما ذهب اليه أصحاب هذا الرأي، من مكان الوفاء بالثمن أو التسليم فيترك حكمهما للقواعد العامة المكملة في القانون المدني علي اعتبار ان سكوت المتعاقدين يفسر علي انه إحالة الي تلك القواعد، أما اذا حدد الإيجاب بالإضافة الي العناصر الأساسية الثانوية، مثل مكان التسليم، وكيفية الوفاء بالثمن، ومكان الوفاء، ففي هذه الحالة تأخذ العناصر الثانوية حكم العناصر الأساسية، ويجب ان يأتي القبول مطابقا لها، وإلا فإن العقد بذلك لا ينعقد.

**ونحن نرجح الاخذ بهذا الرأي وذلك لما يلي:**

**لان العناصر في العقد تاتي على نوعين**

١- عناصر اساسيه وهذا ما تمليه طبيعى العقد وعادات وظروف التعاقد وهذه ايضا تسمى بالعناصر الموضوعيه.

<sup>(٤٤)</sup> د/ محمد حسين عبد العال- التنظيم والاتفاق للمفاوضات العقدية- دار النهضة العربية القاهرة

١٩٩٨ رقم ٣٥ ص ٥٨.

<sup>(٤٥)</sup> Cass. Com. 26 fev. 1991.T.T.o.c.1992.P.78.obsmeastre.

٢- عناصر تعتبر في الأساس عناصر ثانوية الا انها وفقا لنظام احد طرفي العقد او كليهما تتحول الى عناصر اساسيه او جوهرية ويقدر أهميه هذه العناصر اطراف التعاقد أنفسهم.

مما سبق يتبين لنا أن الإيجاب يجب أن يكون واضح وجازما ودالا بطريقه قاطع على إتجاه نية موجبه على إبرام العقد، كذلك يجب أن يكون محددًا أو مشتملا على العناصر الجوهرية والثانوية في تقدير أحد طرفي العقد أو كلاهما بحيث ينعقد العقد بمجرد مصادفه القبول المطابق له.

## الفرع الثاني

### مرحلة الدعوي إلى التفاوض

إن القول باللجوء القانوني للمرحلة السابقة على العقد، والتدرج في إبرام العقد ليس بالأمر اليسير لان هذه المرحلة قد تتداخل مع الايجاب والقبول وبمعنى اخر قد يصعب تمييز الايجاب والقبول استقلالا على المرحلة الأولية الممثل ابرام العقد واكسابه الفاعلية<sup>(٤٦)</sup>.

كما انه يجب على الأطراف في مرحله التفاوض الإلتزام بحسن النية والأمانة، وذلك باعتبار أن هذه المرحلة التمهيدية لإبرام العقد في حين أنه يري بعض الفقه أن المرحلة السابقة على إبرام العقد هي مجرد أعمال مادية لا اعتبار لها في عالم القانون<sup>(٤٧)</sup>.

وعلي ذلك فالدعوة الى التفاوض ما هي الا مرحله اولى يعبر فيها أحد الاشخاص عن نيته في التفاوض لإبرام عقد معين مستقبلا وكل ما تتضمنه هذه الدعوة من شروط تعتبر غير ملزمه وغير جوهرية الا اذا تحولت مرحله التفاوض هذه الى إيجاب وذلك بقبول صادفها من احد الافراد الموجه لهم التفاوض حينذاك يعتبر ما ينص عليه من شروط هي شروط جوهرية ملزمه لكل من صدر عنه الايجاب وكذا من صادفه بالقبول.

**صفوة القول** أن الدعوة الى التفاوض تتميز بانها تتضمن الشروط الواجب توافرها في الإيجاب بالتعاقد، حتى انها لا تتضمن إرادة نهائية عازمة على التعاقد، وإنما هي إرادة اولية

<sup>(٤٦)</sup> د/ مصطفى العواجي القانون المدني ج ١ العقد ط ١ سنة ١٩٩٥ ص ١٤٩.

<sup>(٤٧)</sup> د/ عبد الرازق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ج ١ مرجع سابق ص ٢٢١.

عازمه على التفاوض، فهذه المرحلة لا تتضمن العناصر الجوهرية للعقد، لأن الهدف من التفاوض مناقشة هذه العناصر وتحديدها بغرض الوصول الى مرحله إبرام العقد<sup>(٤٨)</sup>.

**والدعوة إلى التفاوض إما أن تكون صريحة وإما أن تكون ضمنية:**

#### ١. الدعوة الصريحة للتفاوض

وتكون الدعوة الى التفاوض صريحة، حيث يعبر الداعي الى التفاوض عن رغبته بشكل صريح بحيث لا يلتبس الأمر علي من وجه اليه الإيجاب، ويتبين ان المقصود بالعرض في الدعوه الى التفاوض فحسب وليس الايجاب بالعقد ذاته<sup>(٤٩)</sup> فالإيجاب تصريح بالتفاوض او التفاوض قد يكون وجهه الى شخص معين دون الدعوه للمناقشات بشأن وهذا هو اسلوب التعاقد المباشر وقد يكون موجها الى افراد الجمهور مع الدعوه الى المناقشات بشأن وهذا هو اسلوب التعاقد بطريق المناقصة<sup>(٥٠)</sup>.

#### ٢. الدعوى الضمنية الى التفاوض:

ليس هناك إلزام بوجود أن تكون الدعوي الى التفاوض صريحة إذ أنه من الممكن أن تكون الدعوى الى التفاوض بطريقة ضمنية، ويستخلص القضاء ذلك من القصد والنية، ومن ظروف الحال- كلاً على حده فليس هناك ما يمنع أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذ أنهما متساويان من حيث القيمة في التعبير عن الإرادة، والعبارة في النهاية بوجود الإرادة سواء تم التعبير عن ذلك صراحة أو ضمناً<sup>(٥١)</sup>.

والتعبير الضمني عن التفاوض لا يتم الإعلان عنه، ولكنه يستخلص كما ذكرنا من القصد والنية، ومن ظروف الحال، وعلى ذلك الدعوة إلى الضمنية للتفاوض تأتي في إحدى صورتين التاليتين

(٤٨) د/ عبد العزيز المرسي حمود الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض المرجع السابق ص ٢٠.

(٤٩) د/ عبد العزيز المرسي حمود الجوانب القانونيه لمرحلة التفاوض المرجع السابق ص ٢١.

(٥٠) د/ رجب كريم عبد اللاه- التفاوض على العقد رساله دكتوراه مقدمه لجامعه القاهرة ٢٠٠٠ رقم ٩٦ ص ٨١.

(٥١) د/ أحمد عبد العال أبو قرين -عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع وأحكام القضاء- الطبعة الثالثة ٢٠٠٦ ص ٣٠-٣١.

**الأولي: الدعوة الضمنية الى التفاوض والتي لا تتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه.**

وهذه الصورة تأتي في حالة إذا ما وجه شخصا معيناً عرضاً بإبرام عقد معين الي جموع المستهلكين، ودون أن يتضمن هذا العرض العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فهذا العرض لا يفيد إيجاباً بالتعاقد وإنما هو مجرد دعوة ضمنية للتفاوض من قبل الموجب أو صاحب القرار في إبرام العقد<sup>(٥٢)</sup>.

ومثال ذلك: إذا ما وضع شخص معيناً لافتة إعلان علي قطعة أرض خاصة به متضمنة إعلان مفاده أن هذه الأرض للبيع، وصاحبها، ورقم تليفونه وذلك استكمالاً للبيانات الأساسية، فهذا الإعلان في مجمله لا يعتبر إيجاباً نهائياً للبيع وذلك نظراً لخلو الإعلان من البيانات الأساسية والعناصر الجوهرية للبيع. فهذه الصورة من الإعلان تعتبر دعوة ضمنية للتفاوض، وغير متضمنة للعناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه.

**الثانية: الدعوة الى التفاوض المقترن بشرط**

الدعوة الى التفاوض قد تكون معلقه على شرط صريح أو ضمني يمكن الموجب أو الداعي الى التفاوض من الموافقة على إبرام العقد مع مستهلك معين بصورة مقيدة. وبناءاً على ذلك إذا قام منتج معين بتوجيه إيجاب بإبرام عقد معين الى مستهلك معين أو الى جموع المستهلكين وكانت هذه الدعوة الى التفاوض مقترنه بشرط صريح أو ضمني بالموافقة علي شخص المستهلك، فان هذه الدعوة تعتبر مجرد إيجاب ضمني بالتفاوض ولكنه لا يفقد صفته من كونه مجرد إيجاب بالتفاوض او دعوه الى التفاوض بمجرد اقترانه بشرط صريح أو ضمني، ولكن الامر هنا متوقف على طبيعة التصرف وما اذا كان يسمح للموجب بالتنصل من ايجابه بطريقه مقيده، فاذا كان كذلك فان الإيجاب بالتعاقد يفقد صفته ويتحول الى دعوه الى التفاوض (إيجاب بالتفاوض)<sup>(٥٣)</sup>. أما إذا كان الشرط لا يسمح للموجب بالتنصل من ايجابيه فإن الإيجاب بالتعاقد يظل رغم إقترانه بتحفظ محتفظاً بصفته.

<sup>(٥٢)</sup> د/ عبد العزيز المرسي حمود- الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض- المرجع السابق- ص ٢٢.

<sup>(٥٣)</sup> د/ عبد العزيز المرسي حمود- الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض- المرجع السابق- ص ٢٤.

## المطلب الثاني

### الإلتزام بالتفاوض وجزاء الإخلال به

لقد عرف بعض الفقه عقد التفاوض بأنه "ذلك الإتفاق الذي يتعهد طرفاه ببدء التفاوض ومتابعته، وذلك بقصد التوصل الي إبرام عقد معين، من خلال منهجية موضوعية، واجرائية يتفق عليها بينهما"<sup>(٥٤)</sup>.

ويلاحظ بذلك أن الإلتزام بالتفاوض من أهم الإلتزامات التي يرتبها عقد التفاوض، إذ أنها تدور وجوداً وعدمياً حول الإلتزام، ويقع هذا الإلتزام على عاتق الطرفين بمجرد إتفاقهما على التفاوض، وذلك بدون حاجة الى النص عليه صراحة، ويقع أيضاً باطلاً كل إتفاق يقضي بإعفاء أحد الطرفين، أو كلاهما من هذا الإلتزام.

وبناءً على ذلك يتركز مفهوم التفاوض على مبدأي حرية الإرادة، وحرية التعاقد، ويعنى ذلك أن كلاً من طرفي العقد حر في أن يبحث في شروط العقد فله أن يقبل منها ما شاء وأن يرفض منها ما شاء، بحيث أنه إذا ما نشأ العقد صار ملزماً لكلاً من الطرفين، إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ويتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين<sup>(٥٥)</sup>.

من خلال ما تقدم يتبين لنا أن الواقع يفرض علي كلاً من طرفي العقد إلتزاماً بالتفاوض، وكذلك يرتب جزاءً بهذا الإلتزام، وهو ما سنوضحه من خلال الفرعين التاليين، الإلتزام بالتفاوض كفرع أول، وجزاء الإخلال بالتفاوض كفرع ثاني، على التفصيل التالي.

## الفرع الأول

### الإلتزام بالتفاوض

يترتب علي إتفاق التفاوض الدخول في عملية التفاوض والبدء فيها، وذلك بإتخاذ الإجراءات اللازمة لبدء عملية التفاوض، ويقع علي عاتق كلاً من طرفي العقد تحقيق

<sup>(٥٤)</sup> د/ محمد حسن قاسم- مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية- دار الجامعة الجديدة للنشر-

الأسكندرية ٢٠٠٢ ص ١٨٧.

<sup>(٥٥)</sup> مادة ٨٩ من القانون المدني المصري- ويتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين

متطابقتين، ومع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد.

هذا الإلتزام، وذلك بكونه التزاماً بتحقيق نتيجة<sup>(٥٦)</sup>، ويتعين على كلاً من طرفي العقد أيضاً الدخول في المفاوضات أو الدخول في مرحلة التفاوض، وذلك خلال المدة المنقو عليها، فإذا لم يكن الطرفان قد اتفقا على تحديد المدة فيتعين عليهما البدء في مرحلة التفاوض وذلك من خلال مدة زمنية معقولة<sup>(٥٧)</sup>.

بذلك يتضح لنا أن الاثر الرئيسى لإتفاق التفاوض يتمثل في نشوء الإلتزام بالتفاوض والإستمرار فيه ومتابعته، بحيث يلزم طرفي التفاوض بمناقشة شروط العقد الجاري التفاوض بشأنه، وذلك بهدف الوصول الى العقد النهائي بذلك فهذا الألتزام ذو شقين، الإلتزام ببدء التفاوض ومتابعته، الإلتزام بمبدء حسن النية ومقتضياته أثناء التفاوض، وسأتناول هذين الشقين المنفرعان عن الإلتزام بالتفاوض، بشيء من التفصيل على النحو التالي.

#### أولاً: الإلتزام ببدء التفاوض ومتابعته

ويقصد بذلك بدء تلاقي المتفاوضين، ومن ثم إفتتاح الحوار الخاص بالمفاوضات، وتبادل الإقتراحات المتصلة بالعقد الذى ينشئه طرفي التفاوض، والغالب أن يتفق الطرفان على موعد لبدء المفاوضات، فإذا لم يكن هناك إتفاق على المدة إتفق الطرفان على البدء في التفاوض خلال مدة زمنية معقولة<sup>(٥٨)</sup>.

وهذا الإلتزام واقع على عاتق كل من طرفي العقد معاً، حيث يلتزم الطرفين بالجلوس سوياً على مائدة المفاوضات، وذلك في الموعد والمكان المحدد لذلك بحيث يقوموا بتقديم الآراء والمقترحات الخاصة بالعقد المراد إبرامه، وذلك توصلاً للصيغة، والصورة النهائية للعقد وإذا ما وقع علي عاتق أحد طرفي العقد البدء بالمفاوضات فيكون هذا المدين ملتزماً بالبدء في المفاوضات.

(٥٦) د/ أحمد عبد الكريم سلامة- قانون العقد الدولي- دار النهضة العربية- بدون تاريخ نشر ص ١٠٤ ومابعدها.

(٥٧) د/ رجب عبدالكريم عبد الله- التفاوض على العقد طبعة ٢٠٠٠ ص ١٩٩- دار النهضة العربية.

(٥٨) د/ حمدى محمود بارود بحث بعنوان- مبدأ حسن النية ومقتضياته- في مرحلة التفاوض قبل العقد في مجال التجارة الدولية- منشور في مجلة الجامعة الإسلامية- سلسلة الدراسات الإنسانية جامعة غزة ص ٨٤٣-٨٧٦ المجلد السادس عشر العدد الأول سنة ٢٠٠٨.

وتجدر الإشارة الي ان الدعوة الى بدء المفاوضات تعتبر التزام بتحقيق نتيجة، وتظهر أهمية ذلك على مستوى الإثبات فى تخلف أحد الأطراف وخاصة الموجب من بدء التفاوض في الميعاد المحدد، أو خلال المدة الزمنية المعقولة ويحمله المسؤولية ولا يعفيه من المسؤولية أنه بذل العناية حيث أن الدعوة الى التعاقد التزام بتحقيق نتيجة، وهي الجلوس على مائدة المفاوضات مجرد الجلوس فقط، أما التفاوض نفسه فهو التزام ببذل عناية وذلك وصولاً الى تحقيق النتيجة<sup>(٥٩)</sup>.

بناء على ما تقدم ذكره فيعتبر الالتزام ببدء المفاوضات التزاما بتحقيق نتيجة بحيث أنه إذا امتنع المدين به عن تنفيذه ففي هذه الحالة يعتبر مرتكباً لخطأ مما يثير بذلك مسؤوليته العقدية تجاه الطرف الأول الموجب.

#### ثانياً: الالتزام بالتفاوض بحسن نية

من القواعد القانونية المستقرة في الدول التي تطبق التقنين المدني "ان الغش يفسد كل ما يقوم عليه"<sup>(٦٠)</sup>.

هذا وقد قضت محكمه النقض المصرية أن الغش وحده يفسد الرضا ويرتبط مبدأ حسن النية ارتباطاً وثيقاً بالأخلاق وهذا ما أدى الى مبدأ الغش يفسد كل ما يقوم عليه، وهذا المبدأ يقابل قاعده في الفقه الاسلامي مؤصل عليها كثيراً من الاحكام الشرعية وهي قاعده ما بني على باطل فهو باطل ويفرض مبدأ حسن النية نوعين من الواجبات: الأول: سلبي: ويفرض عدم غش او خداع المتعاقد الاخر او استغلاله او استغلال ضعفه.

الثاني: إيجابي: فيلزم كلاً من طرفي التعاقد بتقديم المعلومات والبيانات الصحيحة والسليمة للطرف الاخر حتى يكون المتعاقد معه على بينه من امره.

كما يعترف القانون الامريكي بمبدأ حسن النية وتنص المادة ١/٢٠٣ من القانون التجاري الامريكي على ان "كل عقد او واجب في اطار القانون يفرض التزاما بحسن النية في تنفيذه او انفاذه".

(٥٩) د/محمد أحمد محمود ابو الهنا- حماية المستهلك في مرحلة ما قبل إبرام العقد رسالة دكتوراة لكلية

الحقوق جامعة عين شمس سنة ٢٠١٨ ص ٢٣٧.

(٦٠) الطعن ٨٧ لسنة ٢ ق جلسته ٥/١٨/١٩٣٣.



كما تعرف المادة ١/٢٠١ مبدا حسن النية بانه "الأمانة الحقيقية في السلوك المعنى او المعاملة المعنية".

بذلك يعتبر ان الالتزام بحسن النية من اهم الالتزامات الناشئة عن عقد التفاوض، وذلك باعتبار أن عقد التفاوض عقد كباقي العقود وإذا ما كان الالتزام ببدا المفاوضات التزام بتحقيق نتيجة فإن الالتزام المتفرع عنه وهو الالتزام بحسن النية التزام ببذل عناية<sup>(٦١)</sup>.

نخلص مما تقدم الى نتيجة هامة، وهي ان الإلتزام بالتفاوض بحسن نية يجد مصدره في اتفاق التفاوض، فهو التزام إرادي يفرضه اتفاق الطرفين على التفاوض، وليس واجبا عاما يفرضه القانون مباشرة، لذا فإن مسئولية المتفاوض الذي يخل بهذا الإلتزام تكون مسئولية عقديه وليست مسئولية تقصيرية<sup>(٦٢)</sup>.

#### ١- الطبيعة القانونية للالتزام بالتفاوض بحسن نية

إن الطبيعة القانونية للالتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض ينشأ نتيجة عقد، فهو التزام عقدي ينشأ على عاتق الطرفين، وذلك بمقتضى العقد الذي وقعه، والذي لا يستقيم العقد الا به وهو لا يكون كذلك الا عندما ينفذ ذلك العقد بحسن النية، وبناء على ذلك فان الإلتزام بمبدأ حسن النية ليس واجبا عاما كما كان سابقا قبل الاعتراف بالطبيعة العقدية للتفاوض، بحيث يتقيد به الشخص دائما في مواجهه الكافة بل هو التزام حقيقه مصدره العقد وله دائن ومدين ومحل سبب<sup>(٦٣)</sup>.

وفضلا عن ذلك فإن الإلتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام جوهرى بحسبان أن التفاوض على العقد لا يستقيم بدونه، ومن ثم فان هذا الإلتزام يفرض على الطرفين بمجرد اتفاقهم على الدخول في التفاوض ويقع باطلا كل اتفاق يعفي احد الطرفين او كليهما من هذا الإلتزام<sup>(٦٤)</sup>.

(٦١) د/ عبد العزيز المرسى حمود- الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض- مرجع سابق ص ٧٢.

(٦٢) د/ عبد العزيز المرسى حمود- الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض- مرجع سابق ص ٧٢.

(٦٣) د/ السيد البدوي حول نظريه عامه لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، ص ٣٠٢، رساله دكتوراه جامعه القاهرة ١٩٨٩، وايضا الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف مبدا حسن النية في التصرفات القانونية ص ٢٢٠ وما بعدها ط ١٩٩٧ القاهرة.

(٦٤) د/ عبد العزيز المرسى حمود- الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض- مرجع سابق ص ٧٣.

## ٢- مضمون الإلتزام بحسن نية

في الواقع أن الإلتزام بالتفاوض بحسن نية، يفرض على المتفاوض ألا يلجأ في تفاوضه إلى الغش والخديعة، بل يتبع المسلك المألوف والمعتاد في التفاوض، ومن ثم فإن حسن النية هو محل هذا الإلتزام وغايته المنشودة، كما أن حسن النية يدخل بالضرورة في تقرير الطرفان عند اتفاقهما على التفاوض، بحيث لو علم أحد الطرفين أن الطرف الآخر لن يكون حسن النية لأمتنع عن الدخول في التفاوض<sup>(٦٥)</sup>.

ولكى يكون المتفاوض حسن النية فيجب أن يمتنع عن القيام بأي عمل من الأعمال من شأنه إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر في جدية المفاوضات، فهذا الإلتزام هنا التزام سلبي، كذلك يلتزم بعدم غش أو إستغلال المتعاقد معه أو القيام بأي عمل من شأنه أن يؤدي الى ذلك كذلك يمتنع على المتفاوض الإنسحاب من المفاوضات بشكل مفاجئ دون أن يكون هناك سبب جدى معقول.

وعلى ذلك فالإلتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام بتحقيق نتيجة، فكل متفاوض لا بد وأن يكون حسن النية في تفوضه حتى يفي بإلتزامه ولا يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه وذلك بإثبات أنه بذل كل ما بوسعه لكي يكون حسن النية<sup>(٦٦)</sup>.

مما سبق يتبين لنا أن الإلتزام بحسن النية يستتبع واجب سلبي على كل من المتعاقدين وذلك بالإمتناع عن الغش أو إستغلال أحد الطرفين للآخر، ويستتبع كذلك واجب أيجابي يتمثل أن يبين كلا من طرفي العقد للآخر كافة البيانات الأساسية والجوهرية، والتفاصيل اللازمة للتعاقد حتى يكون كلا من طرفي العقد على بينة من أمره.

## ٣- الأساس القانوني لمبدأ حسن النية.

بالبحث في الأنظمة القانونية المختلفة حول الأساس القانوني لمبدأ حسن النية نجد أن المشرع الألماني هو الرائد في الأخذ بهذا المبدأ وكذلك نموذجاً في الإلتزام بهذا المبدأ، متأثراً في ذلك بما أخذه من القانون الروماني فيما كان يعرف بمبدأ حسن النية

(٦٥) د/ عيد العزيز المرسي حمود- الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض- مرجع سابق ص ٧٣.

(٦٦) د/ محمد أحمد محمود ابو الهنا- حماية المستهلك في مرحلة ما قبل إبرام العقد- مرجع سابق

حيث توسع القانون الروماني في أعمال هذا المبدأ بشكل عام، حيث أخذت المدرسة الألمانية بضرورة مراعاة الطرف المتعاقد في مرحلة تكوين العقد وتنفيذ العقد كالإلتزام وتطبيق عام لهذا المبدأ، وكذا تحقيقاً لمصالح الطرف المقابل<sup>(٦٧)</sup>. وكذلك نصت مبادئ قوانين العقود الأوروبية الموحدة صراحة على التزام طرفي التعاقد بالتفاوض وفقاً لمقتضيات حسن النية<sup>(٦٨)</sup>، واتبع المشرع الفرنسي ذلك المبدأ، حيث نصت المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي على التزام طرفي التعاقد بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية وفقاً لمقتضيات حسن النية<sup>(٦٩)</sup>، كما لم يمنع ذلك النص فقهاء القانون وقضاء محاكم النقض الفرنسية من التعامل مع هذا المبدأ على أنه التزام قانوني يطبق أيضاً في مرحلة التفاوض على العقد إستناداً في ذلك لما جاء في القواعد العامة في المسؤولية، وبالإخص المادتين (١٣٨٢) و(١٣٨٣) اللتين تلزمان من ارتكب فعلاً أضر بغيره وكانت هناك علاقة سببية بين الفعل المرتكب والضرر الناشئ عن الفعل يلتزم مرتكب الفعل الضار هنا بضمان هذا الضرر، وتعويض الغير المضرور<sup>(٧٠)</sup>.

## الفرع الثاني

### جزاء الإخلال بالتفاوض

إذا ما تم التفاوض بحسن نية بين طرفي التعاقد، وخلص من هذا التفاوض إلى اتفاق صريح بين المتعاقدين، ففي هذه الحالة يجب على طرفي التعاقد أن يقوموا بتنفيذ

---

<sup>(٦٧)</sup> هذا ما نصت عليه المادة ٢/٢٤١ من القانون المطني الألماني والتي ألزمت كل متعاقد بمراعاة حقوق المتعاقد معه.

<sup>(٦٨)</sup> من مبادئ قانون العقود الأوروبي تحت عنوان التفاوض يشكل متعارض من حسن النية لتنص في فقرتها الأولى على أن القاعدة العامة هي حرية الأطراف في التفاوض دونما التزام بالوصول إلى المتعاقد وتنص في فقرتها الثانية على وجوب عدم التفاوض بما يتعارض مع مقتضيات حسن النية.

<sup>(٦٩)</sup> Mustbe Per Formedingodfath (Thisarticale Stipula Tes That They) agreements.

<sup>(٧٠)</sup> PDV March Comparative Contractlaw.England, Pranceanc ermany 297 1993.

الإلتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض وتم التوصل إليها بين كلا من الطرفين وصولاً في ذلك الي المرحلة المرجوة من هذه المفاوضات وهي مرحلة إبرام العقد. فإذا لم يتم أحد طرفي العقد بتنفيذ التزامه ولم يكن ذلك راجعاً الي سبب أجنبي، ففي هذه الحالة تتعدّد مسؤولية الإخلال بتنفيذ الإلتزام علي الطرف الذي لم يتم بتنفيذ التزامه، وهي مسؤولية عقدية، وتقضي أحكام المسؤولية العقدية هنا أن المدين يجبر على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً وطلبه منه الدائن<sup>(٧١)</sup>. أما في حالة إذا ما كان التنفيذ العيني غير ممكن ولم يطلبه الدائن، وكذا لم يعرضه المدين فالمحكمة الحق في الحكم بالتنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض النقدي.

وبذلك يتضح لنا أن ما يطبق من أحكام حال إخلال أحد طرفي التعاقد بالتزامه هي أحكام المسؤولية العقدية، وذلك إذا ما وصل طرفي التفاوض الي المرحلة النهائية وهي مرحلة ما قبل إبرام العقد حيث أنها تشكل الأساس الذي سيبني عليه المستهلك عقيدته إما بالأقدام على التعاقد أو رفض هذا التعاقد من الأساس.

وعلى ذلك فما يطبق حال إخلال أحد المتعاقدين بما اتفق عليه من إلتزامات هي أحكام المسؤولية العقدية، والتي تقضي إما بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً، وإما بمقابل إذا لم يكن التنفيذ العيني ممكن.

#### ١- التنفيذ العيني الجبري.

إذا كان الإصل هو التنفيذ العيني الجبري الواقع على عاتق المدين، إلا أن هناك بعض الحالات التي لا يجوز فيها إجبار المدين على تنفيذ الإلتزام العيني، وذلك تطبيقاً للقاعدة "لا يكره المرء على فعل شيء لا يريد" ففي هذا الوضع "في التفاوض" لا يجوز إجبار المتفاوض الممتنع عن بدء التفاوض أو مواصلته تماماً، كما لا يجوز إجبار الرسام على رسمه لوحة التزم بها أو إجبار الجراح على إجراء عملية جراحية إلتزم بها وإلا كان ذلك مصادرة لحرية الشخصية<sup>(٧٢)</sup>.

(٧١) د/ عبد العزيز المرسي حمود- الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض- مرجع سابق ص ٨٧.

(٧٢) د/ عبد العزيز المرسي حمود- الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض- مرجع سابق ص ٩٣.

ولكنه إذا لم يكن التنفيذ العيني ممكناً ففي هذه الحالة يوجد جزاء آخر وهو التنفيذ بطريق التعويض أو بمقابل.

## ٢- التنفيذ بطريق التعويض أو بمقابل.

ويكون التنفيذ هنا تعويضاً للطرف المتضرر وذلك جزاء ما لحقه من أضرار نتيجة إخلال المتعاقد معه، وعدم التزامه بالتنفيذ، ويشمل جميع ما لحق الدائن أو الطرف الواجب بتنفيذ الإلتزام معه من أضرار جراء عدم تنفيذ المدين أو الملتزم بالتنفيذ، وكذا ما كان سيعود على الدائن من مكاسب لو لم يدخل في هذا التفاوض مع الطرف المخل بالإلتزام، وكذا جميع المكاسب التي كانت ستعود عليه لو دخل مع غيره. وبالنسبة للقضاء والمشرع المصري في هذا الصدد.

نجد أن المشرع المصري نص في المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري على أنه (إذا استحال على المدين أن ينفذ إلتزامه عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بإلتزامه...). وبذلك يتضح أن المشرع قد قرر أنه إذا عدل أحد الطرفين عن تنفيذ إلتزامه عينياً يكون من حق المتفاوض الآخر معه الإلتجاء للتنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض النقدي العادل والشامل لكل ما لحقه من ضرر جراء عدم قيام المتعاقد الأول بالتنفيذ العيني.

## وبالنسبة للقضاء:

فنجد أنه طبقاً لما نص عليه المشرع للقاضي الحق في تقدير مبلغ التعويض الناشئ عن الضرر، وذلك طبقاً للقواعد العامة في التعويض وطبقاً للسلطة التقديرية للقاضي.

ولكنه طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية يشترط في التعويض الآتي:

### أ- أن يكون الضرر محققاً:

أي أن يكون الضرر قد وقع بالفعل وذلك كالنفقات التي يتكبدها المتفاوض مع المضرور، ولا يمكن التعويض عن الضرر المحتمل.

### ب- أن يكون الضرر مباشراً:

وهو الذي يعد نتيجة لإخلال أحد المتفاوضين بإلتزامه، ويعتبر كذلك إذا لم يكن في استطاعة المتفاوض معه أن يتوخاه ببذل جهد معقول وذلك طبقاً للمادة ٢٢ مدني<sup>(٧٣)</sup>.

(٧٣) د/ عبد العزيز المرسي حمود- الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض- مرجع سابق ص ٩٤.

**ج- أن يكون الضرر متوقعاً:**

ويكون الضرر كذلك إذا ما كان من الممكن عادة توقعه وقت إبرام العقد، أما الضرر غير المتوقع فلا يعرض عنه.

مما سبق يتبين لنا أن إتفاق التفاوض ينشئ على عاتق كلاً من الطرفين إلتزامات متبادلة وعلى رأسها الإلتزام بالتفاوض، وينقسم إلى إلتزام ببداية التفاوض وهو إلتزام بتحقيق نتيجة، أما الثاني فهو إلتزام بحسن نية وهو التزم ببذل عناية. إلا أنه لا بد للتعرض لبيان رأي كلاً من المشرع والفقهاء من مرحلة التفاوض وما ينشئ عنها من إلتزامات، وهو ما سنوضحه من خلال المطلب الثالث والأخير في هذا المبحث على النحو التالي:

**المطلب الثالث****موقف المشرع والفقهاء من مرحلة التفاوض**

هناك بعض التشريعات والنظريات التي تناولت مرحلة التفاوض وذلك نظراً لخطر هذه المرحلة، فقد قامت بعض التشريعات بوضع مجموعة من النصوص القانونية التي يتم على أساسها التفاوض، وذلك نظراً لما ينشأ عن هذه المرحلة من مشكلات قانونية عديدة منها ما يتعلق بإخلال أحد طرفي التعاقد بالإلتزامه، ومنها ما يتعلق بنطاق ونوع المسؤولية الملقاة على الطرف المخل بالإلتزامه، لذا كان لزاماً علينا التعرض لبيان رأي وموقف المشرع والفقهاء من هذه المرحلة، وهذا ما سنتعرض إليه من خلال الفرعين التاليين:

**الفرع الأول****موقف المشرع من مرحلة التفاوض**

أولاً: موقف المشرع الفرنسي:

ذهب جمهور الفقهاء الفرنسيين<sup>(٧٤)</sup> ويؤيدهم في ذلك القضاء<sup>(٧٥)</sup> إلى القول بأن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق صريح هي مجرد أعمال مادية أي أنه تصرفات غير ملزمة ولا يترتب عليه بذلك أي أثر قانوني.

(74) H. etle. Mazeaurdet A. Tune. Traite Theorique etprtiquet dela responsabilite civil et. l. 6ed. pris 1965. n118. p. 15L.

(75) Cass.com. 20 mars 1972. J.C.P1973. ii. 17543. note J.

فبمجرد الدخول في هذه المفاوضات لا ينشأ على عاتق الطرفين أي إلتزام حتي لو توصلنا إلى مشروع العقد النهائي<sup>(٧٦)</sup>، بذلك يتضح أنه طالما أن العقد لم ينعقد فإن المتفاوض لا يلتزم بشيء، حيث يكون له الحرية الكاملة في الإنسحاب من هذه المفاوضات ما دام أن العقد لم يتم إنعقاده.

لذا فإن المسؤولية على مرحلة التفاوض غير المصحوبة بإتفاق صريح على التفاوض لا تكون إلا تقصيرية.

#### ثانياً: موقف المشرع الألماني:

كذلك لم يتضمن التقنين المدني الألماني نصاً عاماً ينظم المسؤولية قبل العقدية، وإنما اكتفى واضعوه بالنص على بعض تطبيقات هذه المسؤولية في المواد ١٢٢، ١٧٩، ٣٠٧.

إلا أنهم إشتروا لقيام المسؤولية في مرحلة ما قبل إبرام العقد أربعة شروط<sup>(٧٧)</sup>

- ١- أن يوجد بين الطرفين علاقة إلتزام.
- ٢- أن يكون الطرف المسئول قد أدخل بأحد الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التعاقدية.
- ٣- أن يعزو الإخلال بالإلتزام قبل التعاقد إلى الخطأ العمدي.
- ٤- أن يترتب على هذا الإخلال إلحاق ضرر بالطرف الآخر المتعاقد معه.

#### ثالثاً: موقف المشرع السويسري:

ذهب رأي إلى إعتبار أن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالإلتزامات أثناء مرحلة التفاوض هي مسؤولية تقصيرية<sup>(٧٨)</sup>، ينطبق عليها في ذلك نص المادة ٤١ من قانون الإلتزامات السويسري.

إلا أنه ذهب رأي آخر يري أن المسؤولية هنا هي مسؤولية شبه عقدية<sup>(٧٩)</sup>، وتتنطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية الواردة في المادة ٩٧ من قانون الإلتزامات السويسري.

(76) Ghestin(J.),Obligation,La formation du contrat op. cit.n329.p294.

(77) KESSLER &E.FINE culpa incontractendo Bargaining in good faith and freedom of contact Harvard Law Review Vol.77 n3 1(1964)pp401.ff

(78) نقلا عن د/ رجب كريم عبد اللّالة- التفاوض على العقد المرجع السابق ص ٢٧٣.

**رابعاً: موقف المشرع الأمريكي:**

لم يفرض المشرع الأمريكي أية قيود على المتفاوضين وأعطى لهم مطلق الحرية، وذلك مما أدى إلى الإضرار بالمعاملات والتجارة، وفرض المشرع الأمريكي أيضاً مسؤولية تقصيرية على المتفاوضين حال ثبوت غش أو تدليس عليهم.

**خامساً: موقف المشرع المصري:**

بالنسبة للمشرع المصري أنه ما زال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزمه وذلك على عكس الفقه الذي يعترف بإتفاق التفاوض<sup>(٨٠)</sup>، خاصة إذا ما كان الإتفاق صريحاً أو ارتبط بإتفاق صريح.

**صفوة القول أن الفقه والقضاء، في مصر والقوانين الأخرى فرق بين حالتين:**

**الأولى:** التفاوض المصحوب بإتفاق صريح، وهذا عليه مسؤولية عقدية.

**الثانية:** التفاوض غير المصحوب بإتفاق، وهذا عليه مسؤولية تقصيرية.

**الفرع الثاني****موقف الفقه من مرحلة التفاوض****أولاً: نظرية الفقيه الألماني JHERING<sup>(٨١)</sup>**

وتذهب هذه النظرية الى القول بأن المسؤولية المترتبة على المرحلة قبل التعاقدية هي مسؤولية ذات طبيعة تعاقدية، وليست ذات طبيعة تقصيرية، ويذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بوجود نوع من الإتفاق الضمني فالدخول في مرحلة تكوين العقد، يعني ذلك وجود إتفاق ضمني بالتوصل إلي إبرام عقد نهائي، وذلك لتجنب إضطراب المعاملات، وقيام المسؤولية العقدية هنا في مرحلة تكوين العقد يقتضي ذلك وجود خطأ عقدي.

(79) Walford v.Miles 1992 ALL ER. 453.

(٨٠) د/حسام الدين اللاهواني ، النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥، ٩٦ ص ٨٠.

(٨١) (JHERING) فقيه ألماني ولد عام ١٨١٨.



أما فيما يتعلق بنطاق الضرر الواقع على الطرف المضرور بسبب خطأ المتعاقد الآخر، فطبقاً لما ذهب إليه أصحاب هذه النظرية العقدية أن التعويض عن الخطأ الواقع في مرحلة تكوين العقد هو تعويض سلبي، أي يقتصر على المصلحة السلبية، والتي تشمل النفقات التي أنفقتها المتعاقد المضرور من أجل إبرام العقد<sup>(٨٢)</sup>.

#### مزايا النظرية:

يرجع الفضل لأصحاب النظرية العقدية في إبتكار فكرة العقد الضمني، أو الإتفاق والمفاوضات الحاصلة قبل إبرام العقد النهائي، والذي يرتب بدوره إلتماً أساسياً وهو الإلتزام بحسن النية، كما أن الخطأ الحاصل في هذه المرحلة ويسبب ضرراً للطرف الآخر، يقتصر فيه التعويض على المصلحة السلبية دون الإيجابية كما بينا في مضمون النظرية.

#### عيوب النظرية:

لم تسلم هذه النظرية من النقد على الرغم من الشهرة الواسعة التي حظيت بها النظرية العقدية.

حيث ذهب أنصار هذه النظرية إلى التفرقة بين المصلحة الإيجابية والمصلحة السلبية وهذه التفرقة لا أساس لها فما هي إلا مجرد حيلة قانونية وذلك من أجل ترتيب آثار عقد باطل الأمر الذي لا يتفق مع القواعد العامة كما أنه يصعب تبريره<sup>(٨٣)</sup>.

كما أنها من ناحية أخرى تقوم على مجرد إفتراض ضمنى، ولا يمكن اللجوء لإفتراضات ضمنية لفرض مسئولية وإلتزام.

#### ثانياً: نظرية التبعية العقدية:

تقوم هذه النظرية على فكرة مفادها أن كل من يقدم على التعاقد أو التفاوض على عقد ما يتعين عليه أن يتحمل الأضرار الناجمة على النشاط التعاقدى المقدم على

<sup>(٨٢)</sup> د/ يلحاج العربي، الإطار القانونى للمرحلة السابقة على إبرام العقد فى ضوء القانون المدنى

الجزائري دراسة مقارنة ٢٠١٠ دار وائل للنشر.

<sup>(٨٣)</sup> د/بلال عبد المطلب بدوي- مرجع سابق ص ٥٦.

إبرامه، مهما كانت الأسباب التي حالت دون قيام العقد، ومهما كانت الأسباب التي أدت إلى بطلانه حتى ولو كانت هذه الأسباب مجهولة تماماً عن المقدم على التعاقد. وبذلك فعلى الطرف المقدم على التعاقد طبقاً لرأي أصحاب هذه النظرية، بمجرد حدوث ضرر للمتعاقد الآخر معه حتى ولو لم يكن نتيجة خطأه المباشر أن يتحمل تبعه نشاطه، إذ أن النشاط التعاقدى محفوف بالمخاطر، وقد يلحق أضراراً بالأشخاص القائمين عليه، فيتعين على المقدم على التعاقد أن يتحمل تبعات نشاطه التعاقدى. وتجدر الإشارة هنا إلى أن نظرية التبعية العقدية كان لها أنتشاراً واسعاً، وكان لها واقع كبير على الكثير من التشريعات الحديثة<sup>(٨٤)</sup>، ومنها على سبيل المثال التشريع المدني الألماني والذي تأثر كثير بنظرية إيهرينغ، في المادة ١٢٢ منه حيث أقام المسؤولية في الحالات الواردة في هذه المادة على فكرة تحمل التبعية العقدية<sup>(٨٥)</sup>.

#### مزايا نظرية التبعية العقدية:

يؤدي الأخذ بنظرية التبعية العقدية إلى توفير الحماية الأكيدة للطرف المضرور، وذلك لأن المسؤولية مقررة في حالة وجود الضرر في جانب البادئ بالتعاقد، دون اشتراط وجود خطأ، بحكم أن الضرر غالباً ما يكون مادياً، ومن ثم يسهل إثباته.

#### عيوب نظرية التبعية العقدية:

بداية أن الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية، هو أساس خاطئ فمؤاده أن البادئ بالنشاط التعاقدى يتحمل تبعية نشاطه، ويقع عليه وحده المسؤولية وذلك بإعتبار أنه الموجب، غير أن الواقع يخالف ذلك إذ أنه ليس بالضرورة أن يكون البادئ بالتعاقد هو

(٨٤) لقد تأثرت الكثير من التشريعات الحديثة بهذه النظرية، فأصبحت كل دول العالم تقيم المسؤولية على أساس مختلف في نوع الحوادث مثل حوادث العمل، حوادث المهن، حوادث المرور، حوادث النقل الجوي، والحوادث التي ترتبت حديثاً علي ظهور منشآت د/على على سليمان، مرجع سابق ص ١٥٠

(٨٥) د/رجب كريم عبداللة-التفاوض على العقد المرجع السابق ص ٢٣٤.

الموجب، حيث إن الأدوار قد تنقلب فمن الممكن أن يكون مقدم العرض الأول هو القابل وليس الموجب، وذلك كما في عقد المقاولة<sup>(٨٦)</sup>.

كما أنه من جانب آخر فإن أساس هذه النظرية يؤدي في مجال مفاوضات عقود التجارة الدولية إلى عزوف الأطراف الراغبة في التعاقد عن التعاقد، فبمجرد علم أحد الأطراف بأنه سيتحمل تبعه تعاقدته ولو كان غير مخطئ فإنه حتماً سيحجم عن التعاقد<sup>(٨٧)</sup>.

### ثالثاً: نظرية المسؤولية العقدية:

صاحب هذه النظرية هو المستشار الإيطالي "عابريال فاجيالا" والذي إتجه إلى تقسيم العملية التعاقدية إلى ثلاثة مراحل وذلك من أجل توضيح فكرته<sup>(٨٨)</sup>، فالمرحلة الأولى حسب ما ذهب إليه "فاجيالا"، هي مرحلة المفاوضات التمهيديّة التي تسبق إبرام الصفقات الهامة والمركبة، حيث تدخل الأطراف المتفاوضة في المفاوضات، بهدف التوصل إلى إتفاق حول شروط الصفقة المزمع إبرامها ويتم ذلك بواسطة تبادل الآراء والمناقشة، وتقديم العروض والعروض المضادة، ومتى توصل الأطراف إلى إتفاق معين بشأن مسألة معينة أو عدة مسائل يفرغ ذلك في إتفاقات متلاحقة تصل إلى مرتبة العقد النهائي والتزام الأطراف المتفاوضة<sup>(٨٩)</sup>.

أما المرحلة الثانية حسب ما ذهب إليه "فاجيالا" فهي المرحلة الوسطى، وتسمى بمرحلة صياغة الإيجاب<sup>(٩٠)</sup> حيث يتم خلالها جمع الجزئيات التي تم الإتفاق عليها من أجل صياغة مشروع نهائي للعقد المراد إبرامه، ووضع الإيجاب في صيغة ملموسة تقدم به أحد الطرفين، وفقاً لما توصل إليه الطرفان، من خلال إتفاق المفاوضات<sup>(٩١)</sup>.

<sup>(٨٦)</sup> د/ علي أحمد صالح - مرجع سابق ص ٦٢٦.

<sup>(٨٧)</sup> د/ رجب كريم عبدالللة - التفاوض على العقد المرجع السابق ص ٢٣٦.

<sup>(٨٨)</sup> Phase des nego citation prliminaires.

<sup>(٨٩)</sup> بلحاج العربي، مرجع سابق، ص ٣٧١، ٣٧٠.

<sup>(٩٠)</sup> Phase de formation de l offer definitive.

<sup>(٩١)</sup> رجب كريم عبد الاله ، المرجع نفسه ص ٢٤٦.

أما المرحلة الثالثة، وهي مرحلة تصدير الايجاب، حيث يعتقد "فاجيال" أنه خلال هذه المرحلة يتم إتخاذ القرار الحاسم، والنهائي من قبل أحد الطرفين بصياغة الايجاب، ومن ثم يقوم بتصديره للطرف الاخر، عن إرادة باته ونهائية في التعاقد<sup>(٩٢)</sup>.

#### مزايا نظرية المسؤولية العقدية:

بالنظر إلى نظرية المستشار الإيطالي "عابريال فاجيال" نجد أن هذه النظرية قد أعلنت قيمة قانونية لمرحلة المفاوضات، إذ أنه بناء عليها تعتبر المفاوضات ليست مجرد أعمال مادية ولا أثر لها، ولكنها واقعة قانونية يحميها القانون، ويرتب عليها آثار إيجابية وذلك في حالة الإنسحاب التعسفي المفاجئ من المفاوضات، وأن أساس هذه المسؤولية هو الرضاء المتبادل بين الأطراف في الدخول في المفاوضات، سواء أكان الرضاء صريحاً أم ضمنياً، والذي يقتضي بدوره عدم جواز قطع المفاوضات أو الإنسحاب منها دون سبب جدي معقول يتم الإنسحاب بناءً عليه<sup>(٩٣)</sup>.

#### عيوب نظرية المسؤولية العقدية:

قامت نظرية فاجيال على أساس تقسيم ثلاثي لمرحلة التعاقد، وهذا التقسيم بدوره يفتقد إلى الدقة، كما أنه يتعارض أيضاً مع الواقع، ويعاب على هذه النظرية أيضاً أنها إسندت المسؤولية في مرحلة التفاوض في العقد إلى فكرة الضمان والذي يلزم بدوره الأطراف المتفاوضة عدم الإنسحاب من المفاوضات وذلك دونما سبب جدي أو موضوعي.

وبالرغم من الإنتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية، إلا أنها يرجع إليها الفضل في إعطاء مضمون جديد للمفاوضات، إذ أنها أضفت على المفاوضات القيمة القانونية، منشؤها الرضاء المتبادل بين الطرفين بالدخول في المفاوضات، ومن ثم لم تعد المفاوضات مجرد أعمال مادية لا أثر لها.

<sup>(٩٢)</sup> محمد حسام محمود لطفى، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة مقارنة، في القانون المصري والفرنسي، بدون ناشر، ص ٤٦.

<sup>(٩٣)</sup> محمد حسام محمود لطفى، مرجع سابق، ص ٥٦.

### المبحث الثالث

### الحماية المدنية للمستهلك

#### تمهيد:

يعتبر المستهلك في العملية التعاقدية هو الطرف الضعيف تعاقدياً ويقصد بذلك الضعف ليس ضعفاً في القوة الجسدية ولا ضعفاً الإدراك والحواس والتفسير وإنما المقصود بالضعف هنا هو ضعف قانوني ومعلوماتي واقتصادي.

ولكن يوضع في الحسبان أن الإعلانات التجارية الخاصة بالمحترفين يقصد ويهدف منها في المقام الأول لتحقيق مزيداً من الأرباح وذلك على حساب الصالح العام، لذا نجد أن هناك الكثير من التشريعات الحديثة والمتقدمة التي سرعان ما التفتت إلى خطورة هذا الأمر، وقامت بتدراكه وذلك بوضع مجموعة من التنظيمات الخاصة والمستقلة بالإعلانات التجارية، وذلك حماية في المقام الأول للمستهلك والذي بدوره يعتبر هو الطرف الضعيف تعاقدياً، هذا في مواجهه المحترف وهو الطرف الأقوى اقتصادياً وتعاقدياً.

وفي هذا الإطار يجب أن يكون الإعلان متضمناً لكافة البيانات الأمامية والجوهرية الخاصة بالسلع أو المنتج أو الخدمة محل التعاقد، كافة البيانات والتي يمكن من خلالها أن يقرر المستهلك ما إذا كان سيقدم على التعاقد من عدمه.

كما أنه يجب أن تكون هذه الإعلانات منطوية على كذب أو غش أو تدليس أو تضليل، وذلك مما يوقع المستهلك في خطأ، إذ أنه من الممكن أن يقدم المستهلك بناء على البيانات والمعلومات المغلوطة التي جاءت في الإعلان، فبذلك يكون قد وقع المستهلك في خطأ بناء على إن تلك الإعلانات الكاذبة أو المضللة، وأخيراً يجب أن يكون الإعلان مشروعاً وذلك بأن يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة.

بناء على ذلك يجب أن يكون الإعلان غير منطوي على كذب أو تضليل في جانب المستهلك وذلك حتى يقدم المستهلك على التعاقد بناء على إرادة حرة دفاعيه مستتيرة ومتبصرة اتجاه ما هي مقدمة عليه.

**وبناء على ذلك يجب التفرقة بين أمرين:**

- الكذب والتضليل المؤثر وغير المسموح به في الإعلانات والمتضمن بدورة تغييرا في البيانات الأساسية والجوهرية لمنتج أو الخدمة المعلن عنها، وبين الكذب الممدوح المتضمن نوعا من التزيين والإثارة والمبالغة في المنتج وفي خدماته. وسأتناول ذلك من خلال أربعة مطالب على النحو التالي بشيء من التفصيل في ضوء نظريتي الغلط والتدليس وفي ضوء قانون حماية المستهلك ١٨١ لسنة ٢٠١٨ وحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

**المطلب الأول****الحماية المدنية للمستهلك في ضوء نظرية الغلط**

ذكرنا أن المستهلك هو الطرف الضعيف تعاقديا، وذلك الضعف يعتبر في حد ذاته ضعفا قانونيا واقتصاديا ومعلوماتيا، وليس ضعفا حميديا، كما أن القاضي عند تقرير نظرية الغلط يأخذ بالمعيار الشخصي، ومن ثم يقدر ضعف المستهلك عند تطبيق هذه النظرية، ويحقق له الحماية في مراجعة المهني أو المحترف بذلك يجب أولا وقيل الحديث عن الحماية للمستهلك في ضوء نظرية الغلط يجب بداية أن تعرض لتعريف الغلط.

**في الغلط وفقا للقواعد العامة:** "هو أمر نفسي في ذات المتعاقد يجعله يتوهم بشيء على خلاف وغير حقيقته فيدفعه إلى التعاقد"<sup>(٩٤)</sup>.

**وهو في اللغة:** غلطا أخطأه الصواب ويقال: غلط في الأمرء الحساب أو المنطق فهو غلطان<sup>(٩٥)</sup>.

**كما عرفه بعض الفقهاء بأنه:** حاله تقوم بالنفس تحملها على توهم غير الواقع، فيدفع الشخص إلى التعاقد، فالغلط هنا يصيب الإرادة<sup>(٩٦)</sup>.

<sup>(٩٤)</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، وصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، سنة ١٩٥٣، ص ٢٨٩.

<sup>(٩٥)</sup> المعجم الوسيط، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، سنة ١٩٩٦.

وقد أطلقت عليه بعض الفقهاء أيضا الغلط الجوهري<sup>(٩٧)</sup>.

وقد نصت المادة ١٢٠ مدني على أنه "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له ان يطالب بإبطال العقد أن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به" أو كان من السهل إن يتبينه".

بذلك يتضح لنا من هذا النص إنه يحق لمن وقع في الغلط الجوهري أن يطالب بإبطال العقد، وذلك متى كان المتعاقد الآخر على علم به إذا أن هذا النوع من الغلط يجعل المتعاقد يتوهم شيئا على خلاف الحقيقة مما يدفعه إلى التعاقد، وبذلك يحق للمستهلك طلب أبطال العقد.

مما سبق يمكن تطبيق وامتداد نظريه الغلط إلى الإعلان الكاذب أو المضلل، إذا أن الإعلان الكاذب أو المضلل من شأنه أن يدلي للمتعاقد بيانات ومعلومات مكنوية عن السلع أو المنتج أو الخدمة المراد التعاقد عليها وذلك مما يكون له التأثير السلبي على رضاء المستهلك، وخاصة إذا ما كان الكذب أو التضليل في الإعلان علي صفة جوهريه في المنتج محل التعاقد، وذلك مما دفع المستهلك لإبرام العقد.

وبناء على ذلك إذا كان الكذب أو التضليل في الإعلان متعلقا بصفة جوهريه من صفات المنتج أو الخدمة محل التعاقد ففي هذه الحالة يمكن تطبيق نظرية الغلط ويحق للمستهلك المطالبة بإبطال العقد.

**والسؤال الذي يطرح نفسه هنا:**

**- متى يكون الغلط جوهريا؟**

فهذا التساؤل هو ما أجابت عنه المادة ١٢١/ من القانون المدني حيث نصت "يكون الغلط جوهريا وذلك إذا بلغ حد من الجسامه بحيث يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع هذا الغلط".

(٩٦) د/ عبد الرازق السنهوري، المستشار أحمد مدحت المراغني، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء

الأول وإصدار لجنة الشريعة الإسلامية بنقابه المحامين، ٢٠٠٧، ص ٢٤٢ وما بعدها.

(٩٧) د/ عبد الباسط حسن جميعي أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ط، ١٩٩٠،

١٩٩١ دار النهضة العربية ص ٦٣ وما بعدها، نقض مدني ٢٧ فبراير ١٩٨٠، مجموعة أحكام

النقض ١٢٣، ٣١.

بذلك فالغلط الجوهري هو ما ترتب على وقوعه إبرام العقد، بحيث انه لو لم يقع لما أقدم المستهلك على إبرام العقد.

كما انه قضت محكمة النقض المصرية تعليقا على نص المادة (١٢١) بأن الغلط يكون جوهريا إذا بلغ من الجسامة بحيث يمتنع المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، يدل ذلك على إن المشرع المصري أعتد بالخطأ الفردي وذلك كسببا لإبطال العقد، وعودة الطرفين إلى الحالة الأولى التي كانا عليها قبل إبرام العقد.

وأوضح المشرح المصري في نص المادة ٢/١٢١ من القانون المدني بعض الحالات التي يعتبر فيها الغلط جوهريا، وجاء ذلك على سبيل المثال لا الحصر، إذا نصت هذه الفقرة على اعتبار الغلط جوهريا.

- ١- إذا وقع في صفة الشيء تكون جوهريه في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلامس العقد من ظروف أو لما ينبغي التعامل فيه من حسن النية.
- ٢- إذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفه من صفاته، وكانت تلك الصفة أو الذات محل اعتبار وسبب رئيسي في التعاقد.

وبذلك يتضح لنا انه يجوز إبطال العقد وذلك تأثر للإعلان الكاذب الذي أوقع المستهلك في غلط وبالقياس على ذلك في الفقه والقضاء الفرنسي<sup>(٩٨)</sup>.

ومما يزيد من حماية المستهلك وفقا لنظرية الغلط، أن المعيار المستخدم في قياس الغلط هو معيار شخصي وبالتالي يراعي فيه ضعف المستهلك المعلوماتي والاقتصادي والقانون والفني عن تقدير وقوع الغلط<sup>(٩٩)</sup>.

كما أن تقدير ما إذا كان الغلط جوهري أو غير جوهري هو من سائل الواقع والتي يرجع تقديرها إلى قاضي الموضوع، إذا انه هو من يقرر متى يكون هذا الغلط غلطا جوهريا لا يمكن التسامح فيه، وما إذا كان هذا الغلط أيضا كان دافعا إلى التعاقد أم لا،

(98) L. Ghestins traite de droit civil la foration de contrat 2eme ed., 1988.

P475, No512.

(٩٩) عزت عبد المحسن إبراهيم سلامة، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط الخفية رساله دكتوراه،

جامعة عين شمس، عام ٢٠١٠، ص ٥٨.



وأُتصل بالمتعاقد الآخر أيضا أم لا " كل ذلك من المسائل الموضوعية والتي يختص بتقديرها قاضي الموضوع.

كما أن محكمة النقض أيدت في الكثير من أحكامها الضوابط التي حددها المشرع والفقهاء للغلط إذا قضت بأنه توهم غير الواقع الذي يخالف الإرادة عند تكوين العقد، هو من قبيل الغلط والذي نظم المشرع أحكامه في المواد من ١٢٠ إلى ١٢٤ من القانون المدني، فجعل للمتعاقد الذي وقع فيه أن يطالب بإبطال التصرف الذي شابه متى كان الغلط جوهريا ووقع فيه المتعاقد الآخر أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

مما سبق يتضح لنا أن السبب الرئيسي الذي يبطل المشرع من أجله التصرف هو الجهل أن شئت قل الضعف القانوني والمعلوماتي الآن يصيب المتعاقد، وبالتالي يؤثر على إرادته، وكذلك عدم التزام المحترف بالإعلام الكامل للمتعاقد معه وذلك لكي يكون هذا المتعاقد على بصيرة وعلى بينه من أمره عند التعاقد.

## المطلب الثاني

### الحماية المدنية للمستهلك من الإعلانات الكاذبة والمضللة

#### في ضوء نظرية التدليس

إن الغلط في هذه النظرية يعتبر غلطا مستتارا، أي إن المحترف قام باستخدام وسائل أو طرق احتيالية كي يشير الغلط ويدلس على المتعاقد معه ولكي يدفعه أيضا للتعاقد، فهذه النظرية في الأساس تقوم على حماية المتعاقد من الحيل من سوء النية. ووفقا لنص المادة ١/١٢٥ مدني والتي تنص على انه "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائبه عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الآخر العقد".

فالتدليس يعد إيهام شخص بشئ مخالف للحقيقة باستخدام وسائل احتيالية من شأنها أن توقعه في غلط يدفعه إلى التعاقد<sup>(١٠٠)</sup>.

(١٠٠) د/ حمدي أحمد عبد الرحمن فكرة القانون سند ١٩٩٢، ١٩٩١ منذ توزيع الكتاب الجامعي، كلية الحقوق جامعة جين شمس. ص ٢٧٣ - ٢٩٧.

فأستخدام المعلن الدعاية المضلله عن المنتجات لخداع المستهلك بنسبه تضليليه ودفعه نحو شراء المنتج للأضرار به<sup>(١٠١)</sup>، يختلف ذلك عن المبالغة في ذكر محاسن المنتج لتسويقه، لا يعد تدليسا إذا خلي الإعلان المبالغ فيه من نيه تضليل المستهلك، ولكن لجذبه فقط نحو التعاقد معه<sup>(١٠٢)</sup>.

وبذلك كي يتوافر التدليس يجب أن يكون المحترف قد أستخدم طرقا أحتياليه، وهذه الطرق تكون هي التي دفعت المستهلك للتعاقد، لذا نجد أن المادة (١٢٥) من القانون المدني نصت على الآتي: "أن يكون ما استعمل من خدع المتعاقد حيله، وإن تكون هذه الحيله غير مشروعة قانونا".

كما انه قضت محكمة النقض بأنه يشترط في الغش والتدليس على ما نصت عليه وعرفته مادة ١٢٥ من القانون المدني "أن يكون ما أستعمل من حيل لخداع المتعاقد حيله عوان تكون غير مشروعة قانونا"<sup>(١٠٣)</sup>.

كما إن المحكمة قد قضت أيضا بأن "الغش المفسد للرضا شرط أن يكون وليد إجراءات أحتياليه أو وسائل من شأنها التأثير على إرادة المتعاقد ومما يجعله غير قادر على الحكم على الأمور حكما سليما، فمجرد الكذب بها يكفي للتدليس، ما لم يثبت أن المدلس عليه لم يكن في استطاعته استجلاء الحقيقة بالرغم من هذا الكذب، استطاعت ذلك أثره انتفاء التدليس"<sup>(١٠٤)</sup>.

وتتسم هذه النظرية: نظرية التدليس في مجال حماية المستهلك بسهولة الإثبات وذلك نظرا لسهولة إثبات الوسائل والطرق الاحتيالية المستخدمة في العملية التعاقدية، كما وأنها تحمي للمستهلك من الإعلانات الكاذبة والمضللة، باعتبار أن الكذب من وسائل التدليس.

(١٠١) د/ محمد حسين منصور المسئولية الإلكترونية، منشأه المعارف، الإسكندرية، طبعه ٢٠٠٧، ص ١٢٢.

(١٠٢) د/ عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٢١.

(١٠٣) الطعن رقم ١١٩٦ لسنة ٥٧ ق س ٤٤ ص ٢١٧. جلسة ١١/١٨/١٩٩٣.

(١٠٤) الطعن رقم ١٨٦٢ لسنة ٥٩ ق س ٤٥ ص ٣٨٢. جلسة ٢/١٧/١٩٩٣.

فالدعاية الكاذبة تعتبر تدليسا وذلك نظرا الآن الكذب يعتبر تدليسا.  
والدعاية المضللة أيضا من قبيل الأعمال المادية التي تستخدم لإظهار الشيء على غير حقيقته، كالوسائل التي يأتيها المدلس لأحفاد الحقيقة، وإيقاع المستهلك في غلط يدفعه إلى التعاقد<sup>(١٠٥)</sup> ويبنى على ذلك أن أحكام التدليس تتشابه إلى حد كبير مع أحكام الدعاية المضللة التي يستخدمها المعلن لتسويق منتجاته<sup>(١٠٦)</sup>.  
إلا أن أحكام التدليس أيضا بما تضمنته من أمكانية لجوء المتعاقد لإبطال العقد، إلا أنها لا تحقق الحماية الكاملة للمستهلك، فتدارك المشرع هذا الأمر وأجاز للمستهلك أن يتقدم بشكوى إلى جهاز حماية المستهلك، والذي يقوم بدور بتوفير إيرادات الحماية السريعة والميسرة طبقا لقانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ وكذا القانون الحالي ١٨١ لسنة ٢٠١٨.

هذا ويعتبر إخلال المحترف وعدم التزامه بإعلان التعاقد معه وتبصيره، يعتبر ذلك من قبيل المكون التدليس وهو أحد تطبيقات سوء النية إذ هو كتمان للحقيقة وعدم التزام من جانب المحترف، مما يدفع المتعاقد إلى إبرام العقد، وذلك أيضا راجعا إلى الضعف التعاقدى للمستهلك كما بينا ذلك سلفا.

وقضت محكمة النقض المصرية بأن نص المادة ١/١٢٥ من القانون المجني يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسه إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو حلم بتلك الواقعة، أو هذه الملابس.  
ومؤداه ذلك النص أن المشرع اعتبر مجرد كتمان العاقد واقعه يحملها المتعاقد الآخر من قبيل التدليس والذي يحيز طلب إبطال العقد، لو اتصل علمه أمكن عنه المدلس عنه عمدا<sup>(١٠٧)</sup>.

(١٠٥) د/ أمير أحمد محمد راشد، حماية المستهلك من الدعاية الكاذبة والمضللة، رسالة دكتوراه حقوق. عين شمس ٢٠١٢ ص ٧٣.

(١٠٦) د/ أحمد سعيد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، دار الجامعة الجديد، للنشر الإسكندرية جامعة ٢٠٠٧ ص ٨٥.

(١٠٧) الطعن رقم ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ ق. جلسة ٢٠٠١/٤/١٧، الطعن رقم ٤٣١ لسنة ٦٦ ق جلسة ٢٠٠١/٤/٢٨ مكتبة فنية، مكتبة أحكام العربية العليا، شبكة المعلومات القانونية

بذلك فإن وجود الوسائل الاحتمالية دليلاً على قاطعا على توافر سوء السنة لدي المتعاقد القائم بهذه الوسائل، إذا أنه يشترط صدور هذه الوسائل عند أحد التعاقدية أو ممن ينوب عنه، أو كان، أو كان أحد المتعاقدين على علم يهده الوسائل أو من السهل عليه أن يعلم، وذكرنا أن مسألة إثبات التدليس وتوافر الوسائل الاحتمالية من مسائل الواقع والتي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع.

### المطلب الثالث

#### الحماية المدنية للمستهلك من الإعلانات الكاذبة والمضللة

##### في ضوء قانون حماية المستهلك رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨

في ضوء قانون حماية المستهلك رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨ نجد أن المشرع المصري عالج مسألة الإعلانات الكاذبة والمضللة وشدد المشرع على هذا الأمر فنص المشرع في المادة ٩ من قانون رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨ يلتزم المورد أو المعلن بتجنب أى سلوك خادع، وذلك متى انصب هذا السلوك على أيا من العناصر الآتية:

- ١- طبيعة السلعة أو صفاتها الجوهرية أو العناصر التي تتكون منها أو كميتها.
- ٢- مصدر السلعة أو وزنها أو حجمها أو طريقة صنعها أو تاريخ إنتاجها أو تاريخ صلاحيتها أو شروط استعمالها أو محاذيرها.
- ٣- خصائص المنتج والنتائج المتوقعة من استخدامه.
- ٤- السعر أو كيفية أدائه، ويدخل في ذلك أى مبالغ يتم إضافتها للسعر وعلى وجه الخصوص قيمة الضرائب المضافة.
- ٥- جهه إنتاج السلعة أو تقديم الخدمة.
- ٦- نوع الخدمة ومكان تقديمها ومحاذير استخدامها وصفاتها الجوهرية سواء أنصبت على نوعيتها أو الفوائد من استخدامها.
- ٧- شروط التعاقد وإجراءاته وخدمة ما بعد البيع والضمان.
- ٨- الجوائز أو الشهادات أو علامات الجودة التي حصل عليها المنتج أو السلعة أو الخدمة.
- ٩- العلامات التجارية أو البيانات أو الشعارات.
- ١٠- وجود تخفيضات في السعر على خلاف الحقيقة.
- ١١- الكميات المتاحة من المنتج.

ويجوز لللائحة التنفيذية لهذا القانون إضافة عناصر أخرى.

كما نجد أنه في الباب الخامس عقوبات (٦٦) وضع المشرع عقاب على مخالف المادة (٩) كالاتي "يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسين الف جنية ولا تجاوز مليوني جنية، أو مثلي قيمة المنتج محل المخالفة أيهما أكبر، كل مورد خالف أحكام أى من المواد (٩، ١٣، ١٥ / فقرة أولى، ٣٢، ٣٤، ٥٦ / فتره ثانية) من هذا القانون وقد أعطي القانون لجهاز حماية المستهلك حق وقف الإعلان لحيث تعديله أو أزلت كما ذكر بالمادة (٥٧) المذكورة أعلاه مع احتفاظ المستهلك بحقه في رفع الدعوى القضائية والحصول على التعويض وفقا لنص المادة الثانية بند ٦، ٧ الآتي:

مادة (٢) "حرية ممارسة النشاط الاقتصادي مكفولة للجميع" ويحظر على أى شخص إبرام أى اتفاق أو ممارسة أى نشاط يكون من شأنه الإخلال بحقوق المستهلك الأساسية وبالأخص.

- ٦- الحق في رفع الدعاوي القضائية عن كل ما من شأنه الإخلال بحقوق المستهلك أو الإضرار بما تقيده، وذلك بإجراءات سريعة وميسرة.
- ٧- الحق في الحصول على تعويض عادل عن الأضرار التي تلحق بالمستهلك أو بأمواله جراء شراء المنتجات أو استخدامها أو تلقي الخدمات.

### المطلب الرابع

#### حماية المستهلك من الشروط التعسفية

أن الكثير من الدول لم تنظم وتعالج الشروط التعسفية مثل مصر والدول العربية، إلا أن بعض الدول الأخرى حاولت ذلك ومضت قدما فذ هذا الطريق، وذلك بإصدار مجموعه من التشريعات والقرارات التي تنظم مسألة الشروط التعسفية، إلا أن ما يعنينا في هذا الصدد هو موقف المشرع المصري وكيف عالج هذا الأمر وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: موقف المشرع المصري.

الفرع الثاني: دور القضاء كاداه لمكافحة الشروط التعسفية وتفسيرها.

الفرع الثالث: القانون رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨ كأداة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

## الفرع الأول

### موقف المشرع المصري

عرفت المادة ٢/١٧ من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري الشرط التعسفي بأنه "يعد شرطاً تعسفياً كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي، وهو شرطاً يتضمن حكماً أيضاً لم يجربه العرف"<sup>(١٠٨)</sup>.

وفي مصر نجد ان المشرع لم ينظم الشروط التعسفية، فليجأ المستهلك الذي لم يقرر له المشرع قدراً من الحماية في مواجهه المحترف، فليجأ المستهلك إلى القواعد العامة في القانون المدني وذلك بدلا عن القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ والذي لم يتدخل فيه المشرع بالنص على مواجهه الشروط التعسفية.

فنظرا لوجود خلل في العلاقة بين المحترف والمستهلك ولم يتدخل المشرع المصري لمعالجة هذا الخلل بين كلا من المحترف والمستهلك، فيقوم المستهلك بدوره باللجوء للقواعد العامة، في القانون المدني وذلك لإعادة التوازن العقدي بين كلا من المحترف والمستهلك، مستخدماً بذلك القواعد العامة في القانون المدني المصري لمواجهه هذه الشروط التعسفية والتي قد يفرضها المحترف على المستهلك.

وبالرجوع إلى أحكام القواعد العامة نجد أن المشرع نص على أن يتم مواجهه الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك عن طريق تطبيق المواد الآتية (١٠٥، ١٤٨، ١٤٩، ١٥٠، ١٥١) من القانون المدني المصري، وذلك إضافة إلى آراء رجال الفقه وأحكام القضاء وقانون التجارة المصري الذي حاول أيضاً إضفاء الحماية من التعسف.

<sup>(١٠٨)</sup> د/ فؤاد جمال عبد القادر، إطلاله على مشروع التجارة الإلكترونية، الفصل السابع، حماية المستهلك ص ٢ ود/ رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، الطبيعة الأولى، ١٩٩٤م، ص ٢٨٢، ويرى إمكانية تحديد الشروط التعسفية، بالاستناد إلى معايير التعسف في استعمال الحق، الوارد في المادة الخامسة من القانون المدني المصري، وفقاً لهذه المادة يعد الشرط تعسفياً، إذا لم يقصد به سوي الإضرار بالغير، إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة، مع ما يصب الغير من ضرر بسببها، أو إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

ف نجد أن المادة ١٤٨ مدني تقضي بأنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه بطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

وعلى ذلك فمبدأ حسن النية يسود تنفيذه في جميع العقود بما في ذلك عقود الاستهلاك خاصة إذا ما اشتمل العقد على خلل فيما بين المحترف والمستهلك.

ووفقاً لنص المادة ١٠٥، نجد أن المشرع المصري قد نص على أن "يكون الدائن قد أساء استعمال حقه ويكون استعمال حقه غير مشروع في الأحوال الآتية:

- أ- إذا كانت المصالح التي يومي إلى تحقيقها غير مشروع.
- ب- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال للحق سوي الأضرار بالغير.
- ج- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية وبحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

وبالانتقال إلى نص المادة ١٤٩ من القانون المدني والتي تمنح القاضي سلطه استثنائية غير عادية تتمثل في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، وفقاً لما تقضي به قواعد العدالة دون تخصيص ولا تمييز بين الشروط التي لم تثبت علم المزعن بها وتلك التي علم بها<sup>(١٠٩)</sup>.

من نص المادة (١٤٩) يتضح لنا أن هذه المادة تضمنت نوعين من الحماية.

**أولاً: الحماية من الشروط التعسفية المتضمنة عبارات واضحة.**

١- عدم تحديد المشرع للمقصود بالشروط التعسفية.

يرى البعض أن الغرض من عدم النص على تحديد مدلول الشروط التعسفية، هو التوسع في حماية الطرف الضعيف في العقد وذلك بإعطاء القاضي سلطة تقديرية واسعة في استخلاص الصفة التعسفية، وذلك بالنظر ظروف وملابسات كل حاله على حده فهذه مسألة واقع وذلك ما يستقل بتقديرها قاضي الموضوع وذلك دون رقابة عليه من محكمة النقض إلا فيما تقتضيه العدالة<sup>(١١٠)</sup>

<sup>(١٠٩)</sup> د/ محمد أحمد عبد الحميد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة

دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٢، ص ١٣٤، ص ١٣٥.

<sup>(١١٠)</sup> د/ عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة الفقه العربي الحديث،

جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العاليه، ١٩٥٤، ص ٧٩ وما بعدها.

## ٢- عدم جواز الاتفاق على سلطة القاضي المخولة بالمادة (١٤٩):

يري الفقيه السنهوري أن نص المادة (١٤٩) وفي عموميته وشموله يعتبر أداءه قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار، والقاضي هو من يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً من عدمه ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض كما ذكرنا أنفاً، كما لا يجوز للمتعاقدين إن ينزعا من القاضي هذه السلطة باتفاق خاص على ذلك، ومثل هذا الاتفاق يكون مخالفاً للنظام العام فيقع الاتفاق باطلاً ولو صح ذلك للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً في عقودها<sup>(١١١)</sup>.

## ٣- حرية القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها:

المادة (١٤٩) أعطت للقاضي الحق في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها إذا ما لجأ المستهلك إلى القضاء مطالباً بذلك، وذلك بتعديل شرط من الشروط أو إلغائها. كما أن مسألة وجود شروط تعسفية من عدمه هي من مسائل الواقع والتي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع وذلك دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض، فالقاضي يتبين في ضوء الظروف والملابسات المحيطة بالعقد<sup>(١١٢)</sup>.

## ثانياً: الحماية من الشروط التعسفية المتضمنة عبارات غامضة:

قد يفوت المتعاقدين تنظيم بعض المسائل فيكملها القاضي بالقواعد المكملة في القانون المدني، وقد تأتي بعض هذه القواعد متعارضة مع بعض بنود الاتفاق، وفي كل هذه المسائل يحتاج الأمر إلى تفسير<sup>(١١٣)</sup>.  
فالقاعدة العامة في جميع العقود هو انه عند الشك في تفسير العبارات الغامضة للعقد، فإن هذا التفسير يجب أن يكون في مصلحة المتعاقد المدين، إلا أن المادة

(١١١) د/ عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٠ بند ١١٨.

(١١٢) د/ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنه ما بين الشريعة والقانون، منشأه المعارف، ٢٠٠٤، ص ٤٥٨.

(١١٣) د/ حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للإلتزامات الكتاب الأول المصادر الإدارية للإلتزام، مرجع سابق ص ٤٣٠، ص ٤٣٣.



٢/١٥١ مدني جديد قد استتثيت عقود الإذعان من تطبيق هذه القاعدة، إذ حظرت أن يكون تفسير العبارات أو الشروط الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن سواء أكان مدينا في ذلك أم دائنا<sup>(١١٤)</sup>. من خلال العرض السابق لنصوص القانون المدني المصري، يتضح لنا المشرع المصري سمح للقاضي بالآتي:

#### طبقا لنص المادة (١٤٩) مدني للقاضي الحق في:

- ١- تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه.
- ٢- إعفاء الطرف المذعن من الخضوع لشرط تعسفي.
- ٣- إلغاء الشرط التعسفي، إذا ما توافر سبب من الأسباب التي يقرها القانون.

#### وطبقا لنص المادة (١٥١) مدني للقاضي الحق في:

- ١- تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذاعات.
- ٣- أن يكون هذا التفسير لمصلحة الطرف المذعن.

### الفرع الثاني

#### دور القضاء كأداة لمكافحة الشروط التعسفية وتفسيرها

لقد أستند المشرع المصري إلى بعض نصوصه الداخلية وذلك لإثبات التعسف وتحدثنا سابقا أن المادة (٥١٥) من القانون المدني المصري تفسر الشك لمصلحة المدين، وهي من القواعد الآمرة التي يتعين على قاضي الموضوع أن يلتزم بحكمها، وإذا ما خالفها فإنه بذلك يكون قد أخطأ في تطبيق القانون الأمر الموجب لإلغاء حكمه<sup>(١١٥)</sup>. ونفس المادة أيضا تناولته في فقرتها الثانية من المادة (١٥١) "ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن". ولا يصح القول يجعل قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن قاصرة في التطبيق على الشروط المطبوعة مثال على ذلك عقد التأمين، باعتبار أن المؤمن تولى صياغة هذه الشروط وإعدادها، فيتحمل بذلك نتيجة خطأ<sup>(١١٦)</sup>.

<sup>(١١٤)</sup> د/ حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهه الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص ٩٥.  
<sup>(١١٥)</sup> د/ عاطف عبد الحميد حسن، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٦ ص ١٤٣.  
<sup>(١١٦)</sup> د/ عاطف عبد الحميد حسن المرجع السابق، ص ١٤٦.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أنه "لا ريب في أن إرادة المتعاقدين هي مرجع ما يترتب على التعاقد من آثار بيد أن هذه الإدارة وهي ذاتية بطبيعتها لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة عادية أو موضوعية هي عبارة العقد ذاتها، فإذا ما كانت العبارة واضحة لازم أن كون تعبيراً صادقا عن إرادة المتعاقدين المشتركة، ولا يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده العاقدان حقيقة عن طريق التفسير أو التأويل<sup>(١١٧)</sup>.

مع الأخذ في الاعتبار انه عندما يقوم القاضي بتفسير شروط العقد وذلك لاستخلاص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فالتفسير هنا يكون في ضوء الظروف والملابسات المحيطة بالتعاقد، إعمالاً في ذلك لنص المادة (١٥٠) الفقرة الثانية من القانون المدني المصري حيث نصت على الآتي:

"أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة لمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإسهاء في ذلك بطبيعته التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانه وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

أما سلطه القاضي في تعديل الشروط التعسفي أو استبعاد في القانون المدني المصري وفقاً لنص المادة (١٤٩) "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط وأن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على كل اتفاق على خلاف ذلك" ومن خلال ذلك يتضح انه تم تحديد سلطه القاضي إذا الشروط المعسفية من تعديل أو إعطاء للطرف المذعن من هذه الشروط<sup>(١١٨)</sup>.

### الفرع الثالث

#### القانون رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨

#### كأداه لحماية المستهلك من الشروط التعسفية

كان لازماً علي المشرع المصري أن يتدخل ويسارع إلي سن قانون جديد، يقيد من سلطة ونفوذ الطرف المذعن وذلك عند صياغة العقد، وذلك بما يحمي ويحافظ علي

<sup>(١١٧)</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الثاني، ص ٢٥٦، نقلاً عن د / عاطف عبد

الحميد حسن، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص ١٤٨.

<sup>(١١٨)</sup> د/ حسن عبد الباسط جمبجي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، ص ١٢٢، رقم ٢٥٩.

المستهلك باعتباره الطرف الضعيف من تعسف المهني وذلك خاصة في مرحلة ما قبل إبرام العقد، إذ كنا نتوقع الكثير من القيود التي سبق فرضها المشرع علي المهني أو المورد، إلا أن المشرع أفرد في ذلك القانون بندا وحيدا، ولكن هذا البند يحمل في طياته الكثير من القيود المتمثلة في القانون الجديد رقم (٢١٨١ لسنة ١٨١ في المادة (٢٨) حيث نهى المشرع علي الآتي: "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 التزام من التزامات المورد الواردة بهذا القانون ولأحته التنفيذية أو إعفاؤه منها".

وبالنظر في ذلك نجد أن المشرع في هذا القانون ١٨١ لسنة ٢٠١٨ لم يختلف كثيرا عن قانون ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ إلا في لفظ "خفض" حيث لم يعالج بذلك الإشكالية الخاصة بعقد الإذعان ولا الشروط التعسفية وهو أيضا ما نصت عليه وأكدت المادة العاشرة في قانون ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ وكما ذكرنا باختلاف لفظ "خفض" الوارد في القانون الجديد ١٨١ لسنة ٢٠١٨.

### الختامة

من خلال هذه الإطلالة السريعة لمظاهر الحماية المدنية للمستهلك وذلك في مرحلة ما قبل إبرام العقد، تناولت في هذا العرض الموجز مفهوم المستهلك وتعرضت فيه من خلال فرعين للمفهوم الموسع والمفهوم المضيق للمستهلك، وذكرنا أن المشرع المصري أنتهج المفهوم المضيق التعبير والتعريف للمستهلك.

ثم انتقلنا بعد ذلك للحديث عن معنى ماهية الحماية وتناولنا ذلك من خلال ثلاثة فروع، وذكرنا فيها معنى الحماية ومجالاتها وخصائصها وأفردنا لكلا منها فرع مستقل. وفيما يخص مراحل التعاقد تناولنا التمييز بين التفاوض علي العقد وإبرامه تحدثنا في ذلك من خلال فرعين الأول وتحدثنا عن مرحلة الإيجاب الصادر من البادئ بالتفاوض علي العقد وما يمكن من أحكام وضوابط، وفي الفرع الثاني ذكرنا مرحلة الدعوى للتفاوض وما يخص كلا منهما من الالتزام بالتفاوض وجزاء الإخلال به، ثم تعرضنا في النهاية لموقف كلا من الفقه والمشرع من مرحلة التفاوض ثم انتقلنا بعد ذلك إلي الحماية المدنية للمستهلك.

نظرا لكون المستهلك هو ذاك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وكذا لمواجهة التغيرات في المراكز القانونية بين كلا من المستهلك والمحترف، تناولنا الحماية المدنية

للمستهلك من الإعلانات الكاذبة والمضللة في ضوء نظريتي الغلط والتدليس، وذلك في مطلبين متتاليين، وعقبنا علي ذلك بأن المشرع المصري في ضوء قانون ١٨١ لسنة ٢٠١٨ في مطالب ثالثة وبالنسبة لتحقيق التوازن العقدي وعدم الإخلال بمصلحة الطرف الضعيف تعاقدياً، واقتصادياً وقانونياً وهو المستهلك، تناولنا في المطلب الأخير من هذا البحث حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وذلك في محاولة لإرضاء المستهلك، وتحقيقاً للتوازن التعاقدى بين طرفي العقد، وذلك نتيجة لقيام بعض المحترفين بوضع شروط تعسفية في العقد، فكان لازماً ألقاء الضوء علي بعض القواعد والوسائل القانونية التي من شأنها تحقيق العدالة التعاقدية فيما بين المحترف والمستهلك.

من خلال هذا البحث الموجز توصل الباحث لمجموعة من النتائج بخلال النحو التالي:

### النتائج

- ١- انتهج المشرع المصري المفهوم الضيق للمستهلك يتطرق للمفهوم المربع.
- ٢- يؤثر الإعلام الكاذب والمضلل علي المستهلك تأثيراً يكون له الأثر في توجيه المستهلك نحو الخدمة المقدمة أو السلعة.
- ٣- يتعين علي المشرع المصري النظر إلي الإذعان علي أن أحد طرف إبرام العقود وعقود الاستهلاك هي التطور الواقعي للعقود التي تتم بطريق الإذعان، ومعالجة الشروط التعسفية بمعالجة شروط الإذعان.
- ٤- تدارك المشرع الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان غير المشروع وذلك نظراً لأنه يمس رضا المستهلك وحرته في الاختيار ووقوعه في الغلط والخداع وذلك ما يعد أهم حماية في هذا الصدد، وتضمن كذلك القانون المدني المصري للعديد من الجزاءات التي يمكن تطبيقها علمي الإعلانات الكاذبة والمضللة والخادعة.
- ٥- كذلك لا يقبل التمسك بمبدأ سلطان الإرادة ولا العقد شريعة المتعاقدين وذلك من أجل إضفاء الشرعية علي الشروط التعسفية.
- ٦- كذلك من حق القاضي من أجل ضمان وحماية المستهلك من الشروط التعسفية التي من الممكن أن يتضمنها عقد الاستهلاك أصبح القاضي يتمتع بحرية تامة في مواجهة هذه الشروط.
- ٧- وأصبح من حق القاضي أيضاً تفسير الشروط الغامضة الواردة في عقد الاستهلاك لصالح المستهلك باعتباره الطرف الضعيف تعاقدياً، كما أصبح من حق القاضي

تفسير الشك الوارد في العقد لمصلحة المستهلك وذلك تطبيقاً للقواعد العامة للحماية المدنية الواردة في عقود الإذعان.

### التوصيات

- ١- ضرورة وجود هيئة قضائية تختص بحل المنازعات الخاصة بحماية المستهلك.
- ٢- كما نأمل في إنشاء وزارة للمستهلك.
- ٣- ضرورة نشر الوعي العلمي والمعرفي بين أفراد المستهلكين لتبين مالهم من حقوق وواجبات، وذلك عن طريق قيام جهاز حماية المستهلك بنشر كتب وإلقاء محاضرات وندوات وذلك لتوعية المستهلك.
- ٤- نأمل إعطاء الحق للمستهلك في العدول وذلك خلال فترة زمنية محدودة في مرحلة ما بعد التعاقد دون التقيد بوجود عيب، وكذلك إلا يحدث خلال أو عيب بالمنتج أو الخدمة من المستهلك.
- ٥- عقد ندوات ومحاضرات لإبراز دور الأفراد في المجتمع كمستهلكين بقصد إعلاء شأن وثقافة الاستهلاك، ورفع شعار حماية المستهلك مسئولية الجميع علي أرض الواقع، وذلك لدفع الأفراد لترجمة السلوك الإيجابي لخدمة قضايا الاستهلاك.
- ٦- استدعاء التجارب الدولية المتقدمة في مجال حماية المستهلك، التي سبقتنا إليها بعض الدول في نشر يعانها، ووضعها موضع التنفيذ.
- ٧- المارعة إلي من تشريع جديد يحد من سلطة ونفوذ الطرف المدعن عن صياغة العقد، والنص علي إبطال الشروط التعسفية في العقود النمطية وذلك في مرحلة ما قبل إبرام العقد.
- ٨- النص بشكل واضح وصريح علي المقصود بالشروط التعسفية، وذلك منعا للتأويل أو التوسع في تفسيرها علي نحو يدخل فيها من الشروط ما ليس له علاقة بها.
- ٩- يجب علي المشرع إضفاء نوع من الحماية للمستهلك وذلك عند إجراء أية تعديلات في قانون حماية المستهلك، إضفاء نوع من الحماية للمستهلك في مواجهة المحترف والذي يفرض بدوره بعض من الشروط التعسفية علي المستهلك باعتباره الطرف الضعيف.

## المراجع

- ١- د/ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة لحماية المستهلك طبعة دار المعارف الإسكندرية ١٩٨٦.
- ٢- د/ حسن عبد الباسط جميعي. الحماية المدنية لمستهلك في عقود الإستهلاك، طبعة ١٩٩٦،
- ٣- د/ حسن عبد الباسط جميعي. حماية المستهلك في مصر بالمقارنة بإوضاع الحماية في دول السوق الأوروبية والشرق الأوسط.
- ٤- د/ أحمد عبد العال أبو قرين، نحو قانون حماية المستهلك ماهيته، وصادره، موضوعاته، مركز البحوث بكلية دار العلوم الإدارية جامعة الملك سعود طبعة ١٤١٤هـ. ١٩٩٣م.
- ٥- د/ حمد الله محمد حمد الله. حماية المستهلك في مواجهه الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك. دار الفكر العربي طبعة ١٩٩٧
- ٦- د/ رمضان على السيد الشرياص. حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديد للنشر. الإسكندرية، ٢٠٠٤
- ٧- د/ محمد المرسي زهره الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني). الإثبات الإلكتروني. المستهلك الإلكتروني) دار النهضة العربية. طبعة ٢٠١١
- ٨- د/ حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية طبعة سنة ١٩٩٠-١٩٩١
- ٩- د/ عبد الحميد الديسطي عبد الحميد، للمستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسئولية المنتج دراسة مقارنة دار الفكر القانون، المنصورة طبعة ٢٠٠٩.
- ١٠- د/ محمد عفيفي حمودة. مفهوم حماية المستهلك. بحث مقدم للجنة العلوم الإدارية بالمجلس الأعلى للثقافة بالقاهرة، ١٩٨١
- ١١- د/ جاسم ناصر عبد العزيز ناصر، الحماية الجنائية للمستهلك بين القانون المصري والكويتي، رساله دكتوراه كلية الحقوق جامعة حلوان.
- ١٢- د/ أحمد عبد العال ابو قرين. عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع وأحكام القضاء، دار النهضة العربية. الطبعة الثالثة، ٢٠٠٦
- ١٣- د/ أبو العلا على أبو العلا النمر. حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي. دار النهضة العربية، ٢٠٠٤
- ١٤- د/ حسن خضر حماية المستهلك في ظل النظام العالمي الجديد. ندوة منعقدة بوازره التموين المصريه في ٢/١١/٢٠٠٠

- ١٥- د/ أنور أحمد رسلان. الحماية التشريعية للمستهلك تقرير مقدم إلى ندوة حماية المستهلك فى ظل النظام العالمي الجديد المنعقدة بوزارة التموين المصرى ٢/١١/٢٠٠٠
- ١٦- عبد العزيز المرسي حمود. الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى. دراسة مقارنة. مكتبه الكتب العربية طبعة ٢٠٠٥
- ١٧- د/ عزت عبد المحسن إبراهيم. الحماية المدنية للمستهلك من الشروط الخفية رساله دكتوراه جامعة عين شمس كلية الحقوق, ٢٠١٣
- ١٨- د/ عروبه شافي عطرى المعمورى. التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد دراسة مقارنة رساله ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة بابل. ٢٠٠٨
- ١٩- د/ عبد الرازق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدني مصادر الإلتزام دار النشر الجامعات المصرية, ١٩٥٣
- ٢٠- د/ محمد حسين عبد العال. التنظيم والإتفاق للمفاوضات العقديه. دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٨,
- ٢١- د/ مصطفى العواجي. القانون المدني الجزء الأول. العقد الطبعة الأولى, ١٩٩٥
- ٢٢- د/ رجب عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، رساله دكتوراه مقدمه لجامعة القاهرة ٢٠٠٠ رقم ٩٦،
- ٢٣- د/ محمد حسن قاسم. مراحل التفاوض فى عقد الميكنه المعلوماتيه دار الجامعة الجديد، لنشر الإسكندرية, ٢٠٠٢
- ٢٤- د/ أحمد عبد الكريم سلامة. قانون العقد الدولي. دار النهضة العربية.
- ٢٥- د/ رجب عبد الكريم عبد الله. التفاوض على العقد. دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٠.
- ٢٦- د/ حمدي محمود بارود بحث بعنوان. مبدأ حسن النيه ومقتضياته فى مرحلة التفاوض قبل العقد فى مجال التجارة الدولية. منشور فى مجلة الجامعة الإسلامية.
- ٢٧- محمد أحمد محمود أبو الهنا. حماية المستهلك فى مرحلة ما قبل إبرام العقد، رساله دكتوراه لكلية الحقوق جامعة عين, ٢٠٠٨
- ٢٨- د/ السيد البدوي. حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية فى المعاملات المدنية رساله دكتوراه جامعة القاهرة, ١٩٨٩
- ٢٩- د/ حسام الدين اللاهوني النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام. دار النهضة العربية القاهرة, ١٩٩٥
- ٣٠- د/ بلحاج العربي. الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد فى ضوء القانون المدني الجزائرى. دراسة مقارنة ٢٠١٠ دار وائل للنشر.

- ٣١- د/ محمد حسام محمود لطفي المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي بدون ناشر.
- ٣٢- د/ حمدي أحمد عبد الرحمن. فكرة القانون. سنه ١٩٩١، ١٩٩٢ منفذ توزيع الكتاب الجامعة كليه الحقوق جامعة عين شمس.
- ٣٣- د/ محمد حسين منصور. المسؤولية الإلكترونية. منشأه المعارف الإسكندرية طبعة ٢٠٠٧.
- ٣٤- د/ أمير أحمد محمد راشد. حماية المستهلك من الدعاية الكاذبة والمضللة، رساله دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٢.
- ٣٥- د/ أحمد سعيد الزقزقه. الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة. دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية طبعة ٢٠٠٦.
- ٣٦- د/ فؤاد جمال عبد القادر. اطلاله على مشروع التجارة الإلكترونية، الفصل السابع. حماية المستهلك. بدون ناشر.
- ٣٧- د/ رشوان حسن رشوان. أثر الظروف الإقتصادية على القوة الملزمة للعقد. الطبعة الأولى. ١٩٩٤.
- ٣٨- د/ محمد أحمد عبد الحميد. الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني دراسة مقارنة. رساله دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٢.
- ٣٩- د/ عبد الرازق السنهوري. مصادر الحق في الفقة الإسلامى. دراسة مقارنة معهد الدراسات العربية العليا. جامعة الدول العربية. طبعة ١٩٥٤.
- ٤٠- د/ عمر محمد عبد الباقي. الحماية العقدية للمستهلك. دراسة مقارنة ما بين الشريعة والقانون. منشأه المعارف، ٢٠٠٤.
- ٤١- د/ حمدي أحمد عبد الرحمن. الوسيط في النظرية العامة للإلتزامات. الكتاب الأول المصادر الإرادية للإلتزام. بدون ناشر.
- ٤٢- د/ عاطف عبد الحميد حسن. الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان. دار النهضة العربية. طبعة ١٩٩٦.