التفاوت المعرفي بين المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد دراسة مقارنة

م.م. صفاء متعب فجة

نبذة عن الباحث :
تدريسي في كلية القانون – جامعة القادسية

The knowledge gap between the contractors in the contract formation stage - a comparative study

Conclusion:

Produced scientific development cognitive disparity between the parties to the contract, so that has become a party to information and data about the high sign it, and the other, by contrast, lack of information and data. And cognitive disparities may arise from inequalities in the experience, as in the case of a habitual contractors to carry out a particular activity can from acquiring the ability to conclude contracts and dominate them, and another party inexperienced inexperienced in this field.And is no stranger to the legislation that created the methods which he deals with this disparity, which affects centers Streptococcus of the parties, so for the sake of re-nodal balance, committed the contractor superior cognitive in that show important information to the contractor weak cognitive, as well as that faced

arbitrary conditions or abusive to the contracting center through confer status to bow to contracts resulting from the disparity of knowledge.

In light of this will divide this research into two sections, the first section: We turn the concept of inequality of knowledge between the contractors, which in turn will divide it into unequal science in the first requirement and the second requirement unequal experience, and the second topic: Methods of removing the disparity of knowledge, as well as divide two demands to be described in the first demand commitment to information before contracting, and in the second recipe compliance requirement confer on modern technological contracts

الملخص

أفرز التطور العلمي تفاوتا معرفيا بين أطراف العقد ، بحيث أصبح طرفاً يمتلك معلومات وبيانات عالية عن ما يتعاقد عليه ، و الآخر نقيض ذلك ، يفتقر للمعلومات و البيانات. و قد ينشأ التفاوت المعرفي من عدم المساواة في الخبرة .كما في حالة اعتياد أحد المتعاقدين على ممارسة نشاط معين يمكّنه من حيازة المقدرة في إبرام العقود و الهيمنة عليها ، و طرف آخر قليل الخبرة غير متمرس في هذا المجال .

وليس بغريب عن التشريعات ان أوجدت أساليب عالج فيها هذا التفاوت الذي يؤثر بالمراكز العقدية للأطراف .لذلك في سبيل اعادة التوازن العقدي ، الزم المتعاقد المتفوق معرفيا في ان يبدي المعلومات المهمة للمتعاقد الضعيف معرفيا ، فضلا عن ذلك واجه الشروط التعسفية او المسيئة الى مركز التعاقد من خلال إسباغ صفة الاذعان على العقود الناجمة من التفاوت المعرفي.

وفي ضوء ذلك سوف نقسم هذا البحث إلى مبحثين ، المبحث الأول: نتناول فيه مفهوم التفاوت المعرفي بين المتعاقدين ، والذي بدورنا سوف نقسمه الى عدم التكافؤ بالعلم في المطلب الاول و المطلب الثاني عدم التكافؤ بالخبرة ، و المبحث الثاني: أساليب إزالة التفاوت المعرفي، وكذلك نقسمه الى مطلبين نتناول في المطلب الأول الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، وفي المطلب الثاني إسباغ صفة الإذعان على العقود التكنولوجية الحديثة

مقدمة

أفرز التطور العلمي تفاوتا معرفيا بين أطراف العقد ، بحيث أصبح طرفاً يمتلك معلومات وبيانات عالية عن ما يتعاقد عليه ، و الآخر نقيض ذلك ، يفتقر للمعلومات والبيانات، و هذه اللامساواة في العلم بالتعاقد متشعبة ومتنوعة تبعاً للتركيب المعقد للسلع و الخدمات ، لأنه قد يتطلب هذا العلم في كيفية استخدام الخدمة أو السلعة أو في إجراءات التعاقد و غيرها من المعلومات وبطبيعة الحال ينتج عن اختلاف هذه الأطراف عقود غير متكافئة .

و قد ينشأ التفاوت المعرفي من عدم المساواة في الخبرة ،كما في حالة اعتياد أحد المتعاقدين على ممارسة نشاط معين يمكّنه من حيازة المقدرة في إبرام العقود و الهيمنة عليها ، و طرف آخر قليل الخبرة غير متمرس في هذا المجال .

وليس بغريب عن التشريعات ان أوجدت أساليب عالج فيها هذا التفاوت الذي يؤثر بالمراكز العقدية للأطراف ،لذلك في سبيل اعادة التوازن العقدي ، الزم المتعاقد المتفوق معرفيا في ان يبدي المعلومات المهمة للمتعاقد الضعيف معرفيا ، فضلا عن ذلك واجه الشروط التعسفية او المسيئة الى مركز التعاقد من خلال إسباغ صفة الاذعان على العقود الناجمة من التفاوت المعرفي.

وفي ضوء ذلك سوف نقسم هذا البحث إلى مبحثين ، المبحث الأول: نتناول فيه مفهوم التفاوت المعرفي بين المتعاقدين ، والذي بدورنا سوف نقسمه الى عدم التكافؤ بالعلم في المطلب الاول و المطلب الثاني عدم التكافؤ بالخبرة ، و المبحث الثاني: أساليب إزالة التفاوت المعرفي، وكذلك نقسمه الى مطلبين نتناول في المطلب الأول الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، وفي المطلب الثاني إسباغ صفة الإذعان على العقود التكنولوجية الحديثة.

المبحث الأول: مفهوم التفاوت المعرفي بين المتعاقدين

إن فكرة التفاوت المعرفي فكرة فضفاضة ، لان مصطلح المعرفة واسع تندرج تحته نتاج لفكر الإنسان ، اما في ما يتعلق بالمتعاقدين ، فانه يتحدد طبقا لتنوع موضوع العقد وظروفه.

لذلك فان التفاوت المعرفي تارة نجده في العقود التي تبرم على أساس اللامساواة في امتلاك المعلومات العلمية المتعلقة بظروف التعاقد و موضوعه. وتارة اخرى تبنى تحت عدم التكافؤ في الخبرة التي يمتلكها الاطراف بناءا على مدى تمكنهم من ممارسة حرفة معينة. وللإحاطة بفكرة التفاوت المعرفي بين المتعاقدين ، لابد من معرفة موقف التشريعات و الفقه و القضاء من عدم التكافؤ في العلم بين المتعاقدين و التفاوت بالخبرة بينهما أيضا، على اعتبار أن لكل واحد منهما يشكل عنصرا في تكوين التفاوت في المعرفة.

لذلك سوف نتناول في هذا المبحث معنى عدم التكافؤ في العلم بين المتعاقدين في المطلب الأول و فكرة التفاوت في الخبرة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف عدم التكافؤ في العلم

ان فكرة التكافؤ في العلم ، هي التقارب في امتلاك المعلومات و البيانات الكافية عن ما يُتعاقد عليه في مرحلة تكوين العقد[1]. بحيث يتمكن المتعاقدين من الاختيار الصائب بناءً على ما تكون لديهم من رضا حر مستنير ، والذي يحافظ هذا الرضا على توازن الحقوق والالتزامات بعد إبرام العقد – بنظر عاقديها[2] . لذلك فإن أساس التكافؤ في العلم مبني على التقارب أو المساواة المعرفية للمتعاقدين حول محل العقد ، وهذا التقارب أو هذه المساواة قد تنشأ من تخصص أطراف الرابطة العقدية كأن يكو[3]نا في ذات المهنة أو الحرفة و يكتسبان المعرفة بسبب هذا التخصص، أو ينشأ من تبادلهما المعلومات والبيانات اللازمة عن ما يتعاقد عليه بناءً على مبدأ حسن النية في تكوين العقود[4] ، أو اللجوء إلى أشخاص خارجين عن العقد للحصول على الاستشارات أو

النصائح ، سواء كانوا متخصصين أو غير متخصصين وسواء كان ذلك بأجر أو دون اجر[٥].

وفي ضوء ما تقدم يمكن رسم إطار هذه المساواة بالاتي :

أولا: بالنسبة لإطراف الرابطة العقدية ، يجب أن تتوافر المساواة في العلم لكل شخص يكتسب صفة المتعاقد سواء كان أصيلاً أو نائباً[٦].

ثانيا: العلم الذي يجب أن تتحقق المساواة فيه ، هو العلم بتفاصيل محل العقد والذي يُمَكّن الأطراف من خلق رضا متنور عن الحقوق و الالتزامات الناجمة عن العقد و تحفظ توازنها.

أما عن عدم التكافؤ في العلم بين المتعاقدين فيمكن القول بأنه عدم المساواة الفعلية في المعلومات التعاقدية بين الأطراف عن ما يتعاقد عليه ، لذلك نجد على الرغم من عدم إعطاء القوانين تعريفاً لعدم التكافؤ في العلم ، لكنها أشارت إليه،وهذا ما يُرى من الأسباب الموجبة لسن قانون حماية المستهلك العراقي ، حيث جاء في هذه الأسباب لتشريع هذا القانون "هو لإقرار العدل والمساواة بين المنتجين و المستهلكين في إبرامهم للعقود" [٧].

وبمفهوم موافقة منطوق النص أعلاه ، نجد أن قانون حماية المستهلك العراقي قد نص بصورة صريحة و مطلقة على وجود عدم المساواة التي من ضمنها عدم المساواة في العلم بين المتعاقدين ، لأن هذا القانون نظّم حالة اختلاف المراكز التعاقدية بين أطراف عقود الاستهلاك وابرز مظاهر هذا الاختلاف هو اختلال التوازن في العلم، فضلا عن أن اغلب نصوص هذا القانون تهدف إلى تحقيق التكافؤ في المعلومات والبيانات بين المتعاقدين [٨].

إلا أن بعض الفقه في العراق بيّن معنى عدم التكافؤ في العلم بين المتعاقدين . فقد تم وصفه بأنه:"عدم المساواة بين المتعاقدين بسبب تفوق احدهما على الأخر بالمعرفة والكفاءة"[٩]. أو بأنها "اختلال الطرفان بما يمتلكاه من معلومات وبيانات متعلقة بمحل العقد و التي من خلالها يندفع الطرف الأخر المفتقر لهذه المعلومات إلى إبرام العقد" [١٠]. أما القضاء في العراق ، فلم تسبق إشارته في قرار لفكرة عدم التكافؤ في العلم بين المتعاقدين.

أما المشرع المصري ، فانه تناول مساءلة عدم التكافؤ في العلم في قانون حماية المستهلك ، من خلال التأكيد على ضرورة انتقال المعلومات إلى الطرف قليل المعرفة ، حيث نصت المادة(٢) : " للمستهلك الحق في الحصول على المعرفة المتعلقة بحماية حقوقه و مصالحه المشروعة "[١١]. و إن تقرير مثل هذا الحق للمستهلك و الذي هو الطرف قليل المعرفة ما هو إلا تكريس لإعادة المساواة في العلم بالمبيع المفقودة بينه و بين المتفوق معرفياً.

وكذلك عرّف البعض في مصر [١٢] عدم التكافؤ في العلم " بعدم التساوي في المعلومات ، مما أدى إلى اختلال الموازنة في المراكز العقدية بشأن المعلومات التفصيلية اللازمة لانعقاد العقد "، او بأنه " انعدام التعادل أو التساوي في المعرفة بين المشتري الغير مهني

وبين البائع المهني وهذا الأخير بحكم تخصصه يمتلك من المعرفة الفنية الكاملة لكل خصائص المبيع "[١٣].

إن هذا التعريف غير جامع ، لأنه يحدد عدم المساواة في المعرفة بعقد البيع وان كان أكثر العقود انتشاراً ، إلا انه ليس العقد الوحيد الذي يوجد فيه عدم التكافؤ في العلم ، بل يمكن افتراضه في كل عقد يبرم بين مهني و مستهلك تقريبا كعقود الإيجار و الاستشارات و غيرها.

أما القانون الفرنسي ، فلم يعرف عدم التكافؤ في العلم ، لكن يمكن أن نلتمس إشارته إلى فحوى هذا المعيار في المادة (١١٣) و ما بعدها[١٤] من مدونة قانون الاستهلاك الفرنسي المنظمة لمسألة انتقال المعلومات بين أطراف التعاقد ،حيث أن هذه المادة فرضت التزامات على الطرف المتفوق علمياً و منحها حقوق للطرف قليل العلم، كل ذلك من اجل مواجهة عدم التكافؤ في العلم بين المتعاقدين.

لكن القضاء الفرنسي ،بيّن ذلك في بعض القرارات بصورة واضحة، أما أن يكون معتمداً على تأويل النصوص العامة كالمادتين (١١٣٤) المتعلقة بمبدأ حسن النية و (١١١٠) المنظمة للغلط ، المنصوص عليهما في القانون المدني الفرنسي، أو معتمداً على نصوص قانون الاستهلاك.

و من القرارات الصادرة من المحاكم الفرنسية معتمدة على تأويل النصوص العامة كالمادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي ،فقد قضت محكمة النقض "بضرورة احترام مبدأ حسن النية عند إبرام العقود ، وخاصة عندما يكون هناك تفاوت بين أطراف العقد في امتلاك المعلومات التعاقدية"[١٥] .

كذلك قضت هذه المحكمة في حكم أخر بجواز إبطال العقد للغلط حتى عند عدم توفر الغلط الجوهري ، حيث جاء في القرار " بعدم ضرورة أن يكون الغلط جوهرياً ، لطلب إبطال العقد وإنما تكفي المناورات الخداعية لاستغلال الضعيف معرفيا "[١٦].

إلا أنه بالرغم من اجتهاد القضاء الفرنسي في ذلك ، فان بعض القرارات في محكمة النقض افترضت عبئ اثبات خطأ المهني المتفوق معرفياً على المدعي الطرف الضعيف ، لكي يمكن الاستفادة من النص المقرر في المادة (١١١٦)[١٧].

يستخلص مما تقدم ، إن القضاء الفرنسي و انطلاقاً من مبدأ حسن النية في التعامل ، قد خرج من التطبيق الحرفي للشروط الواجب توفرها للاستفادة من النصوص العامة ، و السبب في ذلك مراعاته لوجود عدم التكافؤ في العلم بين المتعاقدين و الذي يؤثر على توازن العقد بمجرد استخدام المهني أساليب تؤثر في رضا المتعاقد قليل العلم ، والتي قد لا ترقى – هذه الأساليب – إلى مستوى ما يتطلبه القانون لتطبيق نظرية عيوب الإرادة ، ولكن بالرغم من التوسع في القرارات إلا أن القضاء في بعض أحكامه فرض على المدعي و هو عادة المتعاقد الضعيف بإثبات خطأ المتفوق معرفياً حتى يمكن التمسك بأحكام القواعد العامة ، و هذا يتعسر في كثير من الأحيان ، لان الطرف الضعيف و بحكم مركزه قد لا يستطيع إثبات خطأ المتعاقد القوي معه ، المعتاد على التعاقد بمثل هذه الظروف.

أما الفقه في فرنسا ، فقد عرف لوكاس عدم المساواة بين المتعاقدين بأنه " اختلال المراكز التعاقدية بسبب التفاوت في امتلاك المعلومات عن العقد"[١٨].كما عرفه البعض الآخر[١٩] بأنه " التفاوت في المعرفة بين المتعاقدين سواء من حيث الخنكة أو المهارة في المساومة " ، أو "عدم امتلاك الغير المهني المعرفة الضرورية أو الثانوية المهمة عن الخدمة أو السلعة أو في استعمالها ، مقابل شخص متفوق في المعرفة و له كفاءة في هذا المجال "[٢٠].

المطلب الثاني: تعريف التفاوت في الخبرة بين المتعاقدين

إن الخبرة[٢١] تمكن من يحوزها قدرة تعاقدية بسبب ما يمتلكه من معرفة وحنكة في إبرام العقود، خاصة عندما يكون احد المتعاقدين قليل الخبرة و الدراية بخواص التعاقد. لذلك فان التفاوت بالخبرة هو المعيار الآخر الذي يحدد التفاوت المعرفي بين المتعاقدين.و قد يثار تساؤل مقتضاه ، ما هي أوجه الشبه و الاختلاف بين معيار التفاوت في الخبرة و معيار عدم التكافؤ في العلم.

وسيكون هذا المطلب على فرعين ، الأول معنى التفاوت في الخبرة ، والفرع الثاني تمييز التفاوت في الخبرة عن معيار عدم التكافؤ في العلم.

الفرع الأول: معنى التفاوت في الخبرة بين المتعاقدين

أشار المشرع العراقي إلى فكرة التفاوت في الخبرة بين المتعاقدين في المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي المنظمة لعيب الاستغلال حيث نصت هذه المادة على انه :" إذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش ...".

يستخلص من هذا النص ، مراعاة المشرع العراقي التفاوت في الخبرة بين المتعاقدين ، من خلال اعتداده بمركز عديم الخبرة الذي يتسم بالضعف التعاقدي عند تعاقده مع آخر من أهل الخبرة أو الاحتراف بحيث يتميز مركز هذا الأخير بالتفوق المعرفي بسبب ما يمتلكه من خبرة [٢٢].و بالرغم من إشارة المشرع العراقي في المادة السابقة إلى فكرة التفاوت في الخبرة بين المتعاقدين ، إلا انه تَطَلَبَ ضرورة توافر شروط معينة كسوء نية المتعاقد المستغِل و غيرها ،حتى يمكن تطبيق النصوص العامة المنظمة للعقد ، و من ضمنها نص المادة (١٢٥) ، و بهذا المعنى ضيّق من نطاق شمول هذا النص على كل حالات التفاوت في الخبرة .

إلا إن الشُرّاح وصفوا التفاوت في الخبرة بين المتعاقدين بأنه " عدم المساواة في المقدرة التفاوضية، بسبب امتلاك احد الأطراف الكفاءة و الخبرة ،وآخر لا يتمتع بالقدرة التفاوضية لأنه لا يمتلك الخبرة الكافية"[٢٣].

وان القدرة التفاوضية هي الأثر المهم لخبرة المتعاقد، لأنه كلما ازدادت الخبرة لدى المتعاقد كلما ازدادت مقدرته في التفاوض ، و بالعكس كلما ضعفت خبرته كلما قلت هذه القدرة .

كما تم تعريفها بأنها:" اختلال في الخبرة والكفاءة بين المتعاقدين ، مما يُمكّن ذلك المنتج أو الحرفي بسبب خبرته و كفاءته الحصول على مصلحة مبالغ فيها في مواجهة شخص أخر لا يتمتع بالقدرة المعرفية "[٢٤].

و بالنسبة للقانون المدني المصري ، لم يلاحظ عليه عند تنظيمه لعيب الاستغلال في المادة (١٢٩)[٢٥] من القانون المدني المصري ،إيراد عدم الخبرة كصورة من صور الاستغلال ، بخلاف المشرع العراقي في المادة (١٢٥) السابقة الذكر و الذي كان موفقا في موقفه هذا. و اتجاه المشرع المصري هذا لا ينسجم مع التقدم الصناعي والاقتصادي الذي افرز تفاوتاً كبيراً في الخبرة بين أطراف التعاقد ، و في ظل احتياج القضاء لأي غطاء تشريعي يتشبث فيه لإعادة التوازن إلى العقد من خلال إزالة التفاوت في الخبرة بين المتعاقدين. وذهب البعض[٢٦] في تبرير ذلك بأنه رغبة المشرع بحصر الاستغلال في أضيق نطاقه.

إلا أن الفقه في مصر ، عرّف التفاوت في الخبرة بأنه : "عبارة عن علاقة تقوم بين قوي و ضعيف ، بين عالم بأصول فنه و متخصص فيه و بين جاهل به"[٢٧] ، و من البديهي أن مثل هذه العلاقة تفرز تفاوتاً في الخبرة بين المتعاقدين ، الذي يؤثر بصور عميقة على توازن المصالح بينهما .

و نميل إلى هذا المفهوم في وصفه إلى التفاوت بالخبرة ، و ذلك لان مقتضى الخبرة هو الاعتياد لممارسة نشاط معين ، بحيث يمكن المعتاد لهذا النشاط من الحيازة الغزيرة للخبرة بأصول و أسرار فن هذا النشاط ، و بطبيعة الحال لايصل المعتاد لهذا المستوى إلى أن يحترف هذا النشاط و يتخصص فيه ، حيث أن حتى غير المتخصص يعتاد ممارسة هذا النشاط سيما إذا كان متعلقاً بحاجياته الشخصية إلا انه لم يحترفه – وسوف يتم تفصيل ذلك .

أما في فرنسا فلم ينظم القانون المدني عيب الاستغلال عموماً. لكن القضاء الفرنسي أشار إلى هذا العيب ، و تطرق صراحة إلى معنى التفاوت في الخبرة.ويُلتمس ذلك من الحكم الذي صدر عن محكمة استئناف باريس التي قضت فيه "بأن تاجر المجوهرات المحترف في علاقته بدار النشر لا يعد محترفا ، و ذلك لافتقاره للخبرة و المعرفة بمجال الطباعة و النشر "[٢٨].

بالرغم من تعلق هذا القرار أساسا بمفهوم المستهلك بالمعنى الواسع ، إلا انه أعطى أهمية إلى الخبرة المكتسبة من الاحتراف أو التخصص في مجال معين ، و عد التفاوت في الخبرة سبباً في إضفاء أو عدم إضفاء صفة المستهلك ، و ما يستتبع ذلك من التمتع بالنصوص الخاصة بحماية الطرف الضعيف.

بناءً على ما تقدم ، يمكن وصف التفاوت المعرفي بين المتعاقدين بأنه : "انعدام المساواة الفعلية بين المتعاقدين بالمعرفة المتعلقة بالعقد ، في مرحلة تكوينه".

و عدم المساواة الفعلية في المعرفة ،هي عدم المساواة بين المتعاقدين في المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد و آثاره ، و التي تنتج – أي عدم المساواة – من عدم قدرة احد أطراف التعاقد في الحصول على المعرفة التي تجعله متكافئاً مع الأخر ، سواء تم الحصول

على هذه المعرفة من المتعاقد القوي أو من الغير[٢٩] ، أو من افتقاره إلى الخبرة الكافية بسبب عدم احترافه للنشاط المتعلق في نطاق تعاقده.

الفرع الثاني : تمييز التفاوت في الخبرة عن عدم التكافؤ في العلم

يشترك معيار التفاوت في الخبرة و معيار عدم التكافؤ في العلم ، بوجود طرف متفوق يمتلك القدرة التعاقدية الناتجة عن المعرفة العالية بسبب علمه بأصول فن المهنة والتي تمكنه هذه المهارة العالية إحراز منافع مفرطة لصالحه ، أما الطرف الأخر فهو الطرف الضعيف الذي يسلم إلى الآخر بسبب ضعفه التعاقدي و عدم قدرته على مقاومة الطرف المتفوق.

إلا أنهما يختلفان بان احد أطراف التفاوت في الخبرة اعتاد على ممارسة نشاط معين بصورة منتظمة ، و الاعتياد على ممارسة نشاطاً يمكن الشخص من حيازة خبرة عالية بنطاق هذا النشاط، و الحال هذه يمكن وصفه بالمتخصص [٣٠].

و عليه فان التفاوت بالخبرة لابد من أن يكون الطرف المتفوق هو الشخص المتخصص، الذي يظهر بمظهر المحترف أو يعطي انطباع معين بتوافر هذه الصفة فيه ، و الطرف الأخر هو غير متخصص[٣١] .

و من الجدير بالذكر إن التفاوت بالخبرة قد يكون بين متخصصين متفاوتين في مستوى الخبرة تبعاً لملكة و قابلية كل منهما . إلا أن معيار التفاوت بالخبرة يظهر بوضوح عندما يتم التعاقد بين شخص متخصص صاحب خبرة عالية و شخص غير متخصص قليل الخبرة[٣٢].

أما عدم التكافؤ في العلم ، معناه إن الشخصين غير متساويين في امتلاكهما المعلومات التعاقدية بغض النظر عن تخصص احدهما ، فهو يحدث بمجرد أن يكون احد المتعاقدين أكثر معرفةً من الآخر دون ضابط أخر ، و عادة أن المتفوق هنا يحوز على معرفته من تعلمه أو حصوله على شهادة معينة في إطار معين، و من هؤلاء هم أصحاب المهن الحرة كالطبيب و المحامي و المهندس و غيرهم[٣٣] .

بخلاف صاحب الخبرة الذي قد يحصل عليها من انتظامه بممارسة نشاط معين بغض النظر عن سبب التمرس سواء أكان بناءً على شهادة أو هواية أو غيرها، ومن هؤلاء الحرفي و الصانع فضلاً عن أصحاب المهن الحرة ، لذلك فان حائز الخبرة يكون أكثر معرفة و دراية بخواص التعاقد .

لذلك فأن تحديد اختلال التفاوت المعرفي بين المتعاقدين في إطار معيار التفاوت في الخبرة أكثر دقة و وضوح منه في معيار عدم التكافؤ في العلم . لأن وجود طرفين احدهما متخصص و الأخر غير ذلك ، يعني إن شخصاً يمتلك من المعرفة بسبب التخصص ما لم يمتلكها الأخر ،لذلك يدفعنا إلى الجزم بوجود التفاوت المعرفي بينهما.

المبحث الثاني: أساليب مواجهة التفاوت المعرفي بين المتعاقدين

تتمثل أساليب معالجة التفاوت المعرفي بين المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد بأسلوبين.

الأسلوب الأول ، يكون عن طريق إعادة التوازن في المعرفة بين أطراف الرابطة العقدية، و يكون ذلك من خلال إلزام المتعاقد المتفوق معرفيا بإعلام المتعاقد الآخر قبل التعاقد بالمعلومات والبيانات الكافية.

أما الأسلوب الثاني ،فعن طريق إسباغ صفة الإذعان على العقود التي تعاني من تفاوت معرفي لاسيما عقود الاستهلاك ، وهي العقود التي تغيرت بفعل التطورات التعاقدية، ففي كثير من الأحيان يتم وضع شروط نموذجية في هذه العقود تسيء إلى مركز الموجهة إليه، إلا إن ما يجب ملاحظته، إن هذه الشروط ليست ناجمة عن التفاوت الاقتصادي ، بل بسبب التفاوت المعرفي بين المتعاقدين ، الذي يمكن المتفوق ولتحقيق مصلحته من صياغتها بصورة تصعب على الضعيف معرفياً فهمها أو إدراك الآثار المترتبة عليها ، مما تمخض عن ذلك جدل فقهي كبير ، مفاده مدى إسباغ صفة الإذعان على مثل هكذا عقود ، و ما يترتب على ذلك من مدى خضوع الشروط النموذجية في عقود الاستهلاك للقواعد العامة المنظمة لعقد الإذعان، حيث يمكن ان تتوفر لها حماية من خلال تدخل القضاء بمنع وقوع الشروط التعسفية ،فضلاً عن القوانين الخاصة بحماية المستهلك .

لذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول الالتزام بالاعلام قبل التعاقد و الثاني اسباغ صفة الاذعان على العقود .

المطلب الأول: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

للإحاطة بدور الالتزام بالإعلام في التعاقد في إعادة التوازن المعرفي للمتعاقدين لابد من استظهار موقف التشريعات من مفهومة ومدى فعالية تنفيذ الالتزام من عدم تنفيذه على إزالة التفاوت المعرفي.

لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول مضمون الالتزام بالإعلام و المطلب الثاني اثر الالتزام بالإعلام على ازالة التفاوت المعرفي بين المتعاقدين.

الفرع الأول: مضمون الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

لم يعط المشرع العراقي في القواعد العامة المنظمة للعقد وصفاً محدداً لهذا الالتزام، إلا إن بعض الفقه العراقي، استخلص فكرته من المادة (١٥٠)[٣٤] من القانون المدني العراقي المنظمة لمبدأ حسن النية في العقود[٣٥] ، و المادة (٧)[٣٦] من القانون نفسه المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق . حيث ذهب الفقه[٣٧] إلى القول: " إن المشرع في قانوننا المدني قد حرص على حماية مبدأ حسن النية ، وجعل من التعسف في استعمال الحق مبدءاً عاماً لحماية المركز الضعيف عندما تحتل المراكز العقدية ، لذلك فان وجود التزام في مرحلة المفاوضات العقدية بتقديم معلومات في ظل هذا القانون ، ينسجم و حرص المشرع على حماية مبدأ حسن النية و الحفاظ على توازن العقد ".

أما بالنسبة لقانون حماية المستهلك العراقي ، فقد خص فكرة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بأهمية،و ذلك في المادة (٧) من الفصل الرابع من هذا القانون ، التي قضت بإلزام المجهز و المعلن – وهما مهنيان متخصصان- على الإدلاء و التثبت من كل المعلومات التي تتعلق بمواصفات وتاريخ الإنتاج و الانتهاء للسلع والخدمات و غيرها من المعلومات.

يلحظ من ذلك ، إن النصوص المتقدمة بالرغم من عدم إيرادها تعريفاً محدداً للالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، إلا أن المشرع العراقي تبنى فكرة هذا الالتزام ، سواء ضمنا كما في القواعد العامة أو صراحة في قانون حماية المستهلك.

لكن البعض[٣٨] في موارد أخرى قد عرّف هذا الالتزام على انه : "التزام ينشأ في مرحلة المفاوضات العقدية و الذي يفرض على كل طرف فيها أن يُعلم الطرف الآخر ، أو ينبغي له أن يعلمه بالمعلومات التي تتعلق بمحل العقد أو أن يزود بها و الطرف الذي لا يعلم أو ليس بإمكانه العلم فيها " . و كذلك تم تعريفه بأنه : " التزام يقع على عاتق المنتج أو البائع مقتضاه الإدلاء بالبيانات الضرورية عن كيفية استعمال السلعة و تجنب مخاطرها" [٣٩].

أما التشريع المصري ، هو أيضاً لم يعرّف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد صراحة ، إلا انه أشار إليه في النصوص العامة للعقد و القوانين الخاصة .

بالنسبة للنصوص العامة ، انفرد المشرع المصري بنص هام ، و هو نص المادة (٤١٩) من القانون المدني السابق ذكره ،و الذي قضى بضرورة إلزام البائع أن يوفر المعلومات الكافية عن المبيع للمشتري .

وهذا النص هو التطبيق المثالي للالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، لأنه يلزم البائع بإعلام المشتري بكافة الأوصاف الأساسية للمبيع ، ووقت استلزام هذا العلم هو قبل إبرام العقد لأنه الوقت الذي يستطيع المتعاقد من خلاله أن يبني اختياره[٤٠].

و هناك جانب أخر من الفقه[٤١] أسس فكرة هذا الالتزام على مبدأ حسن النية قبل التعاقدي ، و الذي يفرض على المتعاقد المتفوق في سبيل تنفيذ العقد بصورة نزيهة ،أن يدلي بالمعلومات الكافية للمتعاقد الآخر في مرحلة ما قبل إبرام العقد .

أما قانون حماية المستهلك المصري ، فقد نص بصورة واضحة على إلزام المورد بإعلام المستهلك بالمعلومات التعاقدية الضرورية و التي تؤثر في قرار هذا الأخير، كالمعلومات المتعلقة بالمواصفات أو بشخصية المورد أو تلك التي تبين طبيعة المنتج و خصائصه[٤٢].

و من هنا نجد أن المشرع المصري أشار إلى الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وقرره على كل بائع أو مورد لسلعة أو خدمة معينة ، من خلال إلزامه بالإفضاء بالمعلومات المهمة و الضرورية للمتعاقد الضعيف و التي تحمي حقوقه والتزاماته.

كذلك يلاحظ أيضا أن البعض[٤٣] وَصَفَ هذا الالتزام بأنه : " التزام ينشأ في المرحلة السابقة على التعاقد يقتضي إعلام المستهلك عن محل العقد بالبيانات المتعلقة به". كذلك تم تعريفه : " هو الالتزام بالإدلاء المعاصر لتكوين العقد والسابق على إبرامه، بكافة المعلومات و البيانات الجوهرية و المؤثرة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد ، و التي يجهلها الدائن أو يتعذر حصوله عليها عن غير طريق المدين بها ، وذلك بهدف تكوين رضا حر و سليم لديه ، حال إقباله على التعاقد)[٤٤].

أما التشريع الفرنسي ، فهو السبّاق في وضع نظرية متكاملة للالتزام بالإعلام قبل التعاقد ،فقد اصدر المشرع الفرنسي قانوناً خاصاً ينظم هذا الالتزام وهو قانون (١٠ يناير لسنة ١٩٧٨) و الذي أدمج في المادة(١١١) من مدونة الاستهلاك الفرنسية ذي التارخ

(٢٤ تموز لسنة ١٩٩٣) ، و هذه النصوص نظمت الالتزام بإعلام المتعاقد الضعيف بصورة دقيقة بغية حماية المستهلكين في عقود الاستهلاك ، و من هذه النصوص نص الفقرة (٣) من المادة أعلاه التي قضت : "على كل منتج أو بائع أو مورد خدمة أن يعرض علامات و بطاقة تعريف أو يقدم أي معلومات أخرى مهمة للمستهلكين على الأسعار وغيرها"[٤٥] .

حيث يلاحظ من هذا النص انه أشار لفكرة التزام المهني بتقديم المعلومات الأساسية و الضرورية للطرف الأخر بغية تكوين رضا حر مستنير لدى هذا الأخير ، و بطبيعة الحال أن مثل هذه المعلومات تتطلب في مرحلة ما قبل انعقاد العقد.

أما الفقه في فرنسا ، فأول من بحث نواة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو جوجلار[٤٦] في مقال له و الذي عرّف فيه الالتزام بالإعلام عند تكوين العقد بأنه: "التزام احد المتعاقدين بان يقدم للطرف الأخر معلومات مفصلة عن العقد المزمع إبرامه في مرحلة تكوينه " [٤٧]، و هو الأمر الذي حرص على بيانه جميع شرّاح القانون المدني الفرنسي،و عدّوه من مبررات إعادة المساواة في المعرفة بين العالم و الجاهل ، من خلال التزام المحترف بان يقدم للطرف الضعيف معرفيا التعليمات الضرورية التي تخص عناصر البضاعة [٤٨].

أما القضاء الفرنسي ، فقد صدر قراراً من محكمة النقض الفرنسية ألزمت بائع القرميد بتعويض المشتري ، بسبب عدم قيامه بإعلام المتعاقد معه بالمعلومات التي تبين عدم ملائمة هذه القرميد للغرض المطلوب ، مع إن العقد قد نفذ طبقاً لاتفاق الطرفين[٤٩]. وبطبيعة الأمر إن هذه المعلومات يجب أن تتوفر لدى المشتري قبل إبرام العقد ، لأنها متعلقة بمدى ملائمة محل العقد بوجه عام لرغباته .

كذلك و في حكم قضائي أخر قررت المحكمة هذا الالتزام فيه صراحة حيث جاء فيه : " تفرض مبادئ العدالة عند عدم التساوي بالحنكة و الدراية بين المتعاقدين ، على المهني إعلام المتعاقد الأخر الضعيف بالمعلومات التي يستفيد منها في تعاقده " [٥٠].

يستخلص من ذلك، إن التشريعات عرفت فكرة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، متخذةً مبدأ حسن النية و التعسف في استعمال الحق مسوغاً قانونياً لتقرير هذا الالتزام.أما بعد ظهور القوانين الخاصة نصت عليه صراحة و بصورة تنسجم وخصوصية المعاملات الاستهلاكية الحديثة .

الفرع الثاني: اثر الالتزام بالإعلام قبل التعاقد على التفاوت المعرفي بين المتعاقدين

إن للمدين بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد خيارين ، هما : إما أن يقوم بتنفيذ الالتزام بالإعلام ، أو يرفض تنفيذه .

أولا : حالة تنفيذ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد:

لتنفيذ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، آثار مهمة على زوال التفاوت المعرفي بين المتعاقدين، لأنه يؤدي إلى إعادة المساواة في المعرفة الكافية للتعاقد إلى الأطراف ، وكذلك يؤدي إلى إعادة التوازن العقدي بعد إبرامه.

١- : إعادة المساواة في المعرفة للمتعاقدين :

إن من مبررات تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو إعادة المساواة المفقودة في المعرفة للمتعاقدين [٥١] ،مما يؤدي إلى إزالة التفاوت المعرفي بين المتعاقدين .

لكن السؤال الذي يدور هنا ، متى تكون المعرفة متساوية بين المتعاقدين بحيث يؤدي ذلك إلى زوال التفاوت المعرفي للمتعاقدين؟

لقد بينت قوانين الاستهلاك طبيعية و نوعية المعلومات التي يجب الإدلاء بها إلى المستهلك بأن تكون متعلقة بأوصاف المنتج و خصائصه وكيفية استخدامه وتواريخ ابتداء و انتهاء الصلاحية و غيرها من المعلومات الضرورية.

إلا إن إيراد هذه المعلومات في النصوص القانونية قد تكون على سبيل المثال لا الحصر ، لأن المعلومات الأساسية لكل منتج تعتمد على طبيعة و تركيبة هذا المنتج ، فتارة تكون المعلومات الضرورية تتجسد في استعمال الشئ ، و تارة أخرى في منشئه أو صلاحيته لغرض الاستعمال ، و تقرير مدى كفاية هذه المعلومات يعود للمحكمة[٥٢]. فأن المتفوق معرفياً ليس ملزماً فقط بأن يزود الضعيف معرفياً بالمعرفة الإجمالية عن العقد ،بل عليه إزالة كل شك حول العقد[٥٣].

لذلك فإن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يكون أكثر دقة كلما كانت السلعة أو الخدمة المقدمة أكثر تعقيداً و صعوبة في إنشائها أو صناعتها ، و كذلك يقع على عاتق المدين به، ولكن يجب أن يلاحظ بأنه ليس بالضرورة – من الناحية النظرية- أن يكون المدين هو المهني المتفوق معرفياً ، فقد يكون الطرف الأخر كما في عقد التأمين الذي يكون مدين بالالتزام هو المذعَن (المؤمن له) لا المذعِن (المؤمن لديه)، وعند التسليم بهذه الفكرة ، يدفعنا الأمر إلى القول بان المساواة في المعرفة بين المتعاقدين و التي تؤدي إلى إزالة التفاوت المعرفي بين المتعاقدين ، ليس من الضروري أن ترتبط بالتفوق الاقتصادي و إن كانت القوة الاقتصادية من المؤثرات على اكتساب المعرفة لكنها تبقى مجرد عامل يؤثر على التفوق ، لذلك قد يكون المدين به هو الطرف الضعيف من الناحية الاقتصادية .

و قد أكد الفقه ذلك[٥٤] على ذلك : " بالاستناد إلى مبدأ المساواة في المعرفة بين المتعاقدين ، يفرض الالتزام بالإعلام قبل التعاقد على عاتق المتعاقد الذي - يعلم- في أن يخبر الأخر الذي – يجهل –و بذلك لا يوجد ما يمنع أن يقع الالتزام بالإعلام على عاتق المشتري بسبب خبرته و درايته فيصبح هو المدين بإعلام البائع "

لكن الناحية العملية تحصر هذه الفكرة بأضيق نطاق ،لأن اغلب المهنيين وهم يمتلكون قوة اقتصادية كبيرة وممارسة تمكنهم من الاستحواذ الكبير على المعرفة المتعلقة بمجال تعاملاتهم مقارنة بمن يتعامل معهم، و بسبب ذلك اهتمت التشريعات بالطرف الضعيف اقتصادياً و حمايته من الناحية المعرفية ،و هذا ما نراه في النصوص التي تلزم المهني الذي عادة يمتلك قوة اقتصادية تسير نشاطه، بإعلام المستهلك بالمعلومات التعاقدية الكافية في قوانين الاستهلاك.

و نافلة القول ، إن تنفيذ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، وفقا للمسوغات القانونية ، تحقق حالة المساواة في المعرفة بين المتعاقدين،مما يؤدي إلى زوال التفاوت المعرفي في هذه المرحلة .

٢- : إعادة التوازن العقدي:

إن من أهداف النصوص التي وضعت بهذا الصدد ، تمكين المتعاقد الضعيف من امتلاك المعرفة الكافية عن العقد ، و القضاء على التفاوت المعرفي بين المتعاقدين .

و ذهب البعض [٥٥] إلى أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يُعدّ أسلوباً فعالاً في تحقيق المساواة بالمراكز القانونية في العقود ،و حماية الطرف الضعيف (المذعَن).

إذا كان هذا الرأي له وجاهة ، فانه لا يمكن أن يؤخذ على إطلاقه ، لان الالتزام بالإعلام قبل التعاقد لا يحقق الحماية لكل عقود الإذعان ، فعدم المساواة في عقود الإذعان بالمفهوم التقليدي ذات صفة اقتصادية لا معرفية- كما يأتي لاحقا ، وعليه لا يعتبر تطبيق هذا الالتزام كأسلوب ناجع بمثل هذه العقود .

لكن التطورات أفرزت صوراً جديدة لعقود الإذعان يمكن أن تكون للمعرفة التعاقدية دور فيها [٥٦]، و هذه العقود نتجت بفعل قيام التجار و من اجل جذب المستهلكين بسبب احتدام المنافسة بينهم، إلى الإعلان على إن نماذج هذه العقود قابلة إلى المفاوضات التي قد تكون طويلة و مستفيضة ، وبالتالي يحتاج ذلك إلى معلومات و بيانات دقيقة و كثيرة ، و التي يجد الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في مثل هذه العقود مجاله الرحب ،لذلك يُعدّ اسلوباً مهماً لإعادة التوازن في المراكز التعاقدية لهذه العقود و التي تدخل طائفة كبيرة من عقود الاستهلاك فيها.

و يمكن القول إن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يلعب دوراً كبيراً في إزالة التفاوت المعرفي بين أطرافه ، و بزواله يؤدي إلى خلق الأجواء المناسبة للصياغة المتوازنة للتعاقد ،بحيث يقبل المتعاقد إلى إبرام العقد وهو عالماً بحقوقه و التزاماته و مدى ما يلائم رغباته ، و بذلك يتحقق التوازن العقدي.

ثانياً : حالة عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد:

إن عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يعني عدم تزويد الطرف الدائن به بالمعرفة الكافية عن العقد ، و عند تحقق ذلك ، يمكن الجزم ببقاء التفاوت المعرفي بين المتعاقدين ، لذلك تولى التشريع و القضاء و الفقه وضع حلول متعددة على شكل جزاء من اجل إعادة التوازن للعقد.

بالنسبة للقواعد العامة في القانون العراقي ، عدّت عدم البيان في عقود الأمانة تغريراً إذا ما صاحبه غبن فاحش حيث نصت المادة (١٢١) من القانون المدني العراقي على : " ١- إذا غرّر احد المتعاقدين بالآخر و تحقق أن في العقد غبن فاحش كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون .٢- و يعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها من الشبهة بالبيان كالخيانة و التولية و الإشراك و الوضيعة" .

بالرغم من إن النص أعلاه قد وفر بعض الحماية للإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، من خلال عدّ العقد موقوفا على إجازة المغبون، إلا أن ذلك مقتصراً على بعض العقود ولا يمكن بسطه على غيرها ، لأن هذه النصوص تتطلب شروطاً عديدة تحد من قدرة المعنيين على بسط تطبيق أحكام النص أعلاه على الصور الحديثة للعقود ، كعقود الاستهلاك ، التي يكون الإخلال فيها قبل انعقاد العقد، و بالتالي فان هذه الشروط لا يكون لها

مفعول في التطبيق إلا إذا تم إبرام العقد ، فلابد من نصوص أخرى تنسجم مع الصور التعاقدية الجديدة.

كذلك في القوانين الخاصة ، فقد جاء في قانون حماية المستهلك العراقي بحلول تتفق و طبيعة عقود الاستهلاك التي تتسم بوجود التفاوت المعرفي بين المتعاقدين بشكل عميق في مرحلة تكوين العقد ، حيث قضت المادة (٦\ ثانياً) : "للمستهلك وكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة ، إعادة السلع كلاً أو جزءً إلى المجهز و المطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق به أو بأمواله من جراء ذلك " .

يلاحظ من خلال النص أعلاه إن الجزاء المترتب عن إخلال المهني -المدين بالإدلاء بالمعلومات- المتعلقة في السلعة أو الخدمة المقدمة ، هو إعادة السلعة إلى المجهز و المطالبة بالتعويض إذا ما أصاب المستهلك ضرراً بسبب تعاقده هذا.

أما التشريع المصري ،فتتلخص الجزاءات المدنية في القواعد العامة للعقد بقابلية العقد للإبطال ، حيث نصت المادة (١٢٥) من القانون المدني المصري فيما يتعلق بالكتمان التغريري بأنه : "١- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها احد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني .

و ذهب الفقه في مصر إلى أن الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد بالمعلومات و البيانات هو احد حالات الكتمان ألتدليسي المكونة للعنصر المادي للتدليس المؤدي إلى بطلان العقد[٥٧].

و عدّ احد الفقه [٥٨] إن حكم المادة (٤١٩) هو السند المباشر لتقرير بطلان عقد البيع بسبب إخلال البائع بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد اللازم لتنوير رضا المشتري و إعلامه بكافة ألأوصاف الأساسية للشيء المبيع التي تجعل رضاه سليم.

أما قانون حماية المستهلك المصري ، فنجده قد واجه مسالة الإخلال بالالتزام بشكل مختلف عما هو المقرر في النصوص العامة، و قد يكون ذلك بسبب التغييرات في طبيعة التعاملات التي يكون احد أطرافها مستهلكاً و الحلول المقررة في هذا القانون ، هي إما التعويض أو إعادة السلعة أو استبدالها .

١- : التعويض :

حيث أعطى المشرع المصري في قانون حماية المستهلك ، حقاً للمستهلك في المطالبة بالتعويض إذا ما أصابه ضرر ، و الاصل بالتعويض كما هو معروف عينا و ، و مقتضى هذا الجزاء ، إعطاء المستهلك الحق في استبدال السلعة للمهني ، عند إخلال هذا الأخير بالالتزام بالإعلام. وهذا ما أشارت إليه المادة (٨) التي نصت : " للمستهلك خلال أربعة عشرة يوماً من تسلم أية سلعة ، الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها..."[٥٩].

وان هذا الخيار يقتصر على السلع دون الخدمات لصعوبة إعادة الخدمة أو استبدالها إلى من قدمها[٦٠].

و مما يجب أن يلاحظ ، إن الجزاء في الخدمات يمكن تصوره بشكل واضح في إصلاح أو صيانة الشيء المبيع ، حيث أشارت المادة (٧) من ذات القانون في حالة وجود العيب يلتزم المورد بناءاً على طلب المستهلك من إصلاح العيب دون أية تكلفة .

و ذا كان هذا التنفيذ عينا مستحيلاً اعطى القانون للمستهلك المطالبة بتعويض نقدي فقد نصت المادة (٢) المتعلقة بالتعويض بمقابل على: "ح- الحق في اقتضاء التعويض العادل عن الإضرار التي تلحق به أو بأمواله من جراء شراء أو استخدام المنتجات أو تلقي الخدمات ".

وهذا يُعدّ وجه من وجوه عدم تنفيذ الالتزام ،لأنه لو أدلى المهني للمستهلك بالمعلومات المتعلقة عن العيب لانتفت مسؤوليته من هذا التعويض و الناتج عن عدم إدلاءه بالمعلومات المتعلقة بهذا العيب.

٢- فسخ العقد :

و هنا اذا لم ينفذ المدين التزامه عيناً او بمقابل أعطى القانون المستهلك الحق في اعادة السلعة و اعتبار العقد مفسوخاً جراء ذلك.

و هذا ما ذهب إليه التشريع الفرنسي ، قضت المادة (١١٣- ف٣) السابقة الذكر- من مدونة قانون الاستهلاك الفرنسية ، بأن المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام بالمعلومات المناسبة للمستهلكين .

من المنتج أو مقدم الخدمة يستوجب المسؤولية التعاقدية[٦١].

كذلك القضاء الفرنسي ،ذهب في بعض الأحكام إلى إن أساس عدم الإعلام هي المسؤولية التعاقدية، فقد جاء في حكم صادر من محكمة النقض : " إن كتمان المهني المعلومات المهمة المتعلقة بالعقد عن المتعاقد الضعيف، يستوجب ذلك بطلان العقد "[٦٢]. كما و قضت المحكمة نفسها في حكم آخر : " بأبطال العقد لاستخدام وسائل احتيالية والناجمة عن تلاعب المتفوق معرفيا بإخفاء بالمعلومات الصحيحة عن العقد ، شرط أن يكون المتعاقد الأخر جاهل بهذه المعلومات التعاقدية "[٦٣].

و في حكم أخر لمحكمة النقض الفرنسية قررت فيه الضمان بقولها: " يعتبر البائع المهني قد اخطأ عند إدلاءه بمعلومات بصورة غير صحيحة مع علمه التام بعقد البيع ، مما يسوغ ذلك إدانة البائع بالعطل و الضرر "[٦٤].

يلاحظ أن القضاء الفرنسي من خلال أحكامه ، طبق أحكام المبادئ العامة للضمان في حالة الإخلال بتنفيذ الالتزام، و عليه يلزم المهني بتنفيذ الالتزام عينياً من خلال إعادة أو استبدال السلعة أو أصلاحها ، أو بمقابل من خلال تعويضه إذا استحال تنفيذ الالتزام.

المطلب الأول: إسباغ صفة الإذعان على العقود التكنولوجية

ان لتطور فكرة الإذعان و مفهومها دور في مدى إسباغ صفة الإذعان على العقود، حيث أضحى الاختلال في المراكز القانونية بين المتعاقدين ، لايرجع للتفاوت الاقتصادي الذي يشترطه الاتجاه التقليدي لعقد الإذعان ، وإنما للتفاوت المعرفي بين أطرافه لذلك سميت بالعقود التكنولوجية او المعرفية.

لذلك فان التساؤل الذي يثور هنا ، هو هل يمكن تطويع مفهوم عقد الإذعان الى العقود التي تعاني اختلال بين أطرافه لابسبب التفاوت الاقتصادي بل بسبب التفاوت المعرفي ؟ ام لا ؟وما يستتبع ذلك من الانتفاع من أحكام عقود الإذعان التي أشار اليها المشرع و القضاء.

وسوف نقسم هذا المطلب الى فرعين ، نتناول في الفرع الأول تطور مفهوم عقد الإذعان ، و في الفرع الثاني اثر إسباغ صفة الإذعان على العقود الحديثة.

الفرع الاول :التطور في مفهوم عقد الإذعان

عرف عقد الإذعان وفقا للمعنى التقليدي بأنه كل عقد يسلم فيه القابل بشروط يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها بصدد سلعة أو خدمة محل احتكار قانوني أو فعلي و لا يمكن الاستغناء عنها و غالباً ما يكون إيجابا موجهاً إلى الجمهور بشروط واحدة مطبوعة [١٥].

و هذا ما استقر عليه كذلك القضائيين العراقي و المصري ، بان من خصائص عقد الإذعان أنها متعلقة بسلع أو مرافق ضرورية بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين ، و يكون فيها احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونيا أو فعليا [١٦].

لذلك فإن إسباغ صفة الإذعان على العقد قيّد بخصائص ثلاثة و هي :

١- تعلق السلع و الخدمات بمرفق ضروري بالنسبة للمستهلكين ، كما في عقود التأمين و الكهرباء ، و سكك الحديد.
٢- احتكار المنظم لسلعة أو خدمة احتكارا قانونياً أو فعلياً .
٣- صدور الإيجاب إلى الناس كافة ، و يغلب أن تكون مطبوعة تحتوي على معلومات تحدد مضمون العقد.

و وفقا لهذا المعنى ، فإن نطاق فكرة عقد الإذعان في المفهوم التقليدي ضيقة،لأنها قصرت إسباغ صفة الإذعان على كل عقد تتوفر فيه الخصائص أعلاه، مما يدفعنا ذلك إلى القول بأن الاتجاه التقليدي لا يتواءم البتة و التعاملات العقدية الحالية ،و بتالي فإنها تخرج كثير من الشروط النموذجية المسيئة بحق احد المتعاقدين ، و التي يوافق عليها لا بسبب ضعفه الاقتصادي ، بل للضعف المعرفي الذي يتجسد بعدم امتلاكه المعلومات الكافية في فهم و ورفض مثل هذه الشروط .كتلك الشروط التي تصاغ بطريقة غامضة ،حيث أن الأصل في الصياغة أن تكون بصورة واضحة بحيث يمكن فهمها واستيعابها بشكل يمكن افتراض علم و رضا المتعاقد بهذه الشروط حصرا، لان الرضا بالشروط التعاقدية هو غير الرضا بإبرام العقد [١٧] ، وهذا هو الاتجاه التقليدي.

أما وفق الاتجاه الحديث للفقه ، فقد وَصَفَ عقد الإذعان على انه : " كل عقد لا تتم فيه مناقشة أو مساومة لبنود العقد و ما على القابل إلا التسليم أو الرفض "[١٨].

و بطبيعة الحال أن هذا الرأي ينسجم مع التطورات الصناعية و كثافة الإنتاج وظهور رؤوس الأموال الضخمة ، وتعدد المشروعات ، حيث أصبح المستهلك في ظل هذه التطورات ، مخيراً في أن يختار أي سلعة أو خدمة معينة ، و من أي محل أو مشروع تجاري،

حتى وصل الأمر إلى قيام المهنيين بسبب المنافسة الشديدة و السعي إلى تحقيق الربح إلى تقديم تنازلات و تسهيلات من اجل استثارة رضا المستهلك للتعامل معهم، كل ذلك أدى إلى اضمحلال فكرة الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلع أو الخدمات . و بسبب توسع هذا الاتجاه ، يمكن إسباغ صفة الإذعان على طائفة كبيرة من عقود الاستهلاك التي تحوي شروط مسبقة، كالشروط التي يغير فيها مكان أو زمان إدراجها أو تلك التي تصاغ بطريقة غامضة و غيرها من الشروط التي لا يمكن التفاوض عليها ، و كل عقد إذعان ناتج عن اختلال التكافؤ المعرفي.

وذهب البعض[٦٩] في تبرير هذا التوسع إلى أن التنظيم القانوني لعقود الإذعان و غيرها المعنية في حماية الطرف الضعيف معرفياً أو اقتصادياً، نابعة عن الرغبة في إعادة التوازن العقدي من خلال العمل على وجود علاقة ذات اداءات متوازنة ، فضلا عن أن فكرة الاحتكار حاليا لا تصلح كمعيار للعلاقة بين طرف قوي و ضعيف.

فضلاً عن ذلك أن هذا الاتجاه يتمسك بحرفية النصوص المنضمة لعقد الإذعان، فقد نصت المادة (٢\١٦٧) من القانون المدني العراقي بصدد عقد الإذعان بأنه : " القبول يكون بمجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها "، وكذلك المادة (١٠٠) من القانون المدني المصري [٧٠].

و من الجدير بالذكر، إن هناك نوعاً من العقود تعدّ مسبقاً ايضاً ، إلا إنها غير مدرجة ضمن نموذج أو صيغة مطبوعة ، بل حتى عقود الإذعان المعروفة لا يشترط فيها أن تفرغ بصيغة مطبوعة ، و هذا ما يلاحظ عند التأمل في نص تعريف عقد الإذعان نرى انه لم يشترط أن يكون عقد الإذعان على شكل ورقة مطبوعة ، إلا إن الفقه[٧١] قد استقر على لصق مثل هذه الخصائص عليه، لذلك فأن الورقة المطبوعة و المعدة سلفاً تعدّ – عادة لكن ليس ضرورة لوجود عقود الإذعان ، وعليه فقد يكون إذعان المتعاقد بغير هذا الشكل ، كما في حالة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد و التي تجري بين متفوق معرفيا و آخر يفتقر إلى المعرفة ، بحيث يسيطر المتفوق على كل المفاوضات و يفرض شروطاً أو يلزم المتعاقد الآخر بأداءات قد لا يقبل بها لولا ضعفه المعرفي ، ففي هذه الحالة يذعن الطرف الضعيف للمتعاقد المتفوق بالرغم من عدم وجود صيغة مطبوعة ويكون رضوخه و إذعانه راجعاً إلى الضعف المعرفي لا الضعف الاقتصادي. والمثال الجلي لذلك عقد تقديم الاستشارات من متخصص و هو الطرف القوي و متعاقد معه غير متخصص ، الذي يشترط على هذا الأخير شروط قد تكون متعلقة باجرة الاستشارة تسيء إلى مركزه . لذلك فإن بالرغم من توسع هذا الاتجاه في إسباغ صفة الإذعان ، إلا انه لا يمكن إسباغه على هكذا عقود ، لان نصوص عقد الإذعان في هذا المورد واضحة في شموليتها على تلك العقود المعدة مسبقاً من احد الأطراف و على شكل نموذج موجه للجمهور لا يقبل التفاوض عليه ، و بالتالي فأن العقود التي تعد مسبقاً من خلال تهيأ و استعداد المشترط و تحضيره للشروط ، بحيث يشترطها شفاهاً عن طريق المفاوضات لا على شكل نموذج ، لا يمكن إسباغ صفة الإذعان عليها.

و نافلة القول ، يمكن تطبيق النصوص المنظمة لعقود الإذعان ، على كل الصور التعاقدية التي تتماثل ظروفها مع المفهوم القانوني لعقد الإذعان ، وبالتالي لا مراء من أن للقاضي سلطة استبعاد أو تعديل أي شرط نموذجي يُسيء إلى مركز المتعاقد الضعيف ، و في أي عقد يستقل في تنظيمه احد المتعاقدين و لا يقبل المساومة أو المفاوضة. كتلك الشروط التي تؤدي إلى إعفاء المتفوق- المنظم للمنتج – أو تخفف من التزاماته التعاقدية و ضماناته القانونية كضمان الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية[٧٢] ، أو تلك الشروط المتعلقة بالثمن و شروط التقسيط أو تلك المتعلقة بكيفية فسخ العقد و تجديده و الشروط التي تحدد نظام تسليم الشيء المتعاقد عليه[٧٣] . و هذا ما نجده بصورة كبيرة في صور العقود الاستهلاكية التي تبرم بين مهني متخصص في هذا المجال ومستهلك يعاني من ضعفٍ تعاقدي.

الفرع الثاني :اثر إسباغ صفة الإذعان في إزالة التفاوت المعرفي بين المتعاقدين

بعد أن تبين مفهوم عقد الإذعان وفق هذا الاتجاه ، أصبح بالإمكان إسباغ صفة الإذعان على عقود التكنلوجية التي تبرم بوجود اختلال التكافؤ المعرفي بين طرفيها ، و التي ينفرد في تحريرها احد المتعاقدين، ويتجسد موقف الآخر بقبول العقد أو رفضه دون تعديل أو مفاوضة ، فتتسع فكرة الإذعان لكل عقد تتوافر فيه مثل هذه الظروف.

و إن التسليم بهذه الفكرة ،يدفعنا إلى القول بأن النصوص التي تعالج الشروط التعسفية في عقود الإذعان ، يمكن أن تعدّ وسيلة فعالة لإزالة التفاوت المعرفي بين المتعاقدين ، من خلال تعديل أو إبطال الشروط النموذجية المسيئة إلى مركز احد المتعاقدين ، و التي تعتبر مظهر الجلي للتفاوت المعرفي بين المتعاقدين.

بناءً على ذلك ، لا مناص من الاستعانة بالأحكام التي تعالج الشروط التعسفية في عقد الإذعان ، و تطبيقها على الشروط النموذجية الناتجة من التفاوت المعرفي بين الأطرف ، فضلا عن القوانين الخاصة التي أشارت بصورة واضحة لهذا الأمر

ونجد هذا واضحا في نص المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٠) من القانون المدني المصري – التي سبق ذكرهن. يدل ذلك على إن المشرع في العراق و مصر رغب في التحلل من فكرة الاحتكار القانوني و الفعلي للسلعة والخدمة، مستنداً في شمول النص على الصور التعاقدية الجديدة ، و مواجهة الشروط النموذجية التي تسيء إلى مركز المتعاقد بغض النظر عن سبب وجودها ، سيما بعدما استقر الفقه[٧٤] والقضاء [٧٥]،على إعطاء القاضي سلطة في تقدير الشرط التعسفي في العقد ، وإن مثل هذه السلطة ، تمّ فرضها بقاعدة أمرة و لا يجوز الاتفاق على خلافها [٧٦].

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي ،قبل صدور القوانين المعنية بحماية المستهلك ، لم يعالج عقود الإذعان بنص خاص ، لكن المحاكم الفرنسية اعتمدت على نص المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي ، المتعلقة بمبدأ حسن نية ،حيث أضحى هذا المبدأ من متبنيات تأسيس الحكم أمام القضاء في مواجهة الشروط التعسفية بالإلغاء و التعديل ، وفي سبيل ذلك تبحث المحكمة عن نية الأطراف ، من خلال الوقائع المادية للعقد التي تؤثر بشكل مباشر في توازن الحقوق والتزامات[٧٧] .

و من القرارات المعتمدة على المادة أعلاه ، القرار الصادر من محكمة النقض الفرنسية: الذي " يقضي برفض إعطاء الالتزام بشرط الغي بحكم القانون لان الدائن استخدمه بسوء نية"(٧٨).

الخاتمة

بعد أن انتهينا من بحث – التفاوت المعرفي بين المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد – يمكن أن نوجز أهم نتائج و مقترحات البحث.

أولا : النتائج :

١- إن فكرة التفاوت المعرفي بين المتعاقدين ، مرنة و من الصعوبة تحديد معالمها بشكل قطعي ،ذلك لأنها تعتمد على كمية و نوعية المعلومات و البيانات المتلكة من قبل الطرفين عن العقد المراد إبرامه ، فقد يكون الاختلال في المعرفة المتعلقة بمحل العقد أو شروطه أو بالإجراءات القانونية للتعاقد.

لذلك على الرغم من أن التشريعات محل المقارنة لم تتناول تعريف التفاوت المعرفي بين المتعاقدين صراحة، إلا انه يتضح أشارتها له ، لاسيما في القوانين المعنية بحماية المستهلك ، التي نظمت مسألة انتقال المعرفة التعاقدية بين الأطراف: أما القواعد العامة المنظمة للعقد ، فأن المشرع العراقي و في المادة (١٢٥) قد أشار إلى فكرة التفاوت المعرفي عند إيراده لعدم الخبرة كصورة من صور الاستغلال ، بخلاف المشرع المصري الذي لم يشأ أن يجعل عدم الخبرة من صور الاستغلال. و مما يلاحظ ايضا في هذا الصدد ، بأن القاضي لا يعتد باختلال التكافؤ المعرفي بين المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد، إن لم يؤثر على توازن الاداءات بين المتعاقدين.

٢- و بسبب ذلك فأن الحلول المتبناة في القوانين محل المقارنة ، و خاصة قوانين حماية المستهلك ، تحت منحى يظهر فيه جلاء اهتمامها بخلق نوع من التوازن في المعلومات و البيانات بين المتعاقدين ، والحد من التفاوت المعرفي ، من خلال اسلوبين : احدهما تتمثل بفرض التزام على عاتق المتفوق معرفيا بالاعلام قبل التعاقد عن ما يتعلق بالعقد ، والتي تخلق لدى المتعاقد الآخر الرضا المستنير عن التعاقد ، و بتنفيذ هذا الالتزام يزول اختلال التكافؤ المعرفي بين المتعاقدين. الأخرى ، إسباغ صفة الإذعان على عقود الاستهلاك ، حتى يمكن الاستفادة من أحكام الإذعان و تطبيقها على الشروط النموذجية المسيئة و الناجمة عن هذا الاختلال.

٣- استنتجنا و من اجل مواجهة الشروط المسيئة لمركز التعاقد والتي افرزتها العقود التكنولوجية، نجد أن الفقه ، و في اتجاه حديث اعتمد مفهوماً جديدا لعقد الإذعان،يوسع كثيراً من نطاقه ، بحيث انه أسبغ صفة الإذعان على كل عقد يتم عن طريق تسليم الطرف الضعيف بشروط معدة مسبقاً لا تقبل المفاوضة عليها، و ينحصر دور هذا الطرف بالقبول أو الرفض ، مع إهمال فكرة الاحتكار لسلعة أو مرفق ، و من هذا المنطلق يمكن أن يندرج تحت صفة الإذعان عقود الاستهلاك او التكنولوجية التي تحوي على شروط نموذجية مسيئة إلى

مركز التعاقد، و كل عقد يتسم بهذا الشكل من الانعقاد. لكن التشريعات كالمشرع العراقي لم يبين موقفه من الشروط المسيئة الناجمة من التفاوت المعرفي بين المتعاقدين ، لا في القوانين العامة و لا الخاصة . بخلاف المشرع المصري الذي أورد نصاً مطلقاً في المادة (١٠) ، قضى بأبطال كل شرط يسيء إلى مركز المتعاقد ، و قيد الشرط بأن يعفي أو من التزامات الطرف المتفوق

ثانياً :المقترحات

نهيب بالمشرع أن ينظم فكرة التفاوت المعرفي بين المتعاقدين تنظيماً قانونياً متكاملاً ، مما يحقق هذا التنظيم هدفين:

الهدف الأول : يوفر ذلك سنداً متيناً للقضاء يستطيع من خلاله مواجهة الكثير من الانماط التي يتميز إبرامها بوجود اختلال التكافؤ المعرفي بصورة عميقة بين عاقديها و يوجد ذلك في كل أنواع العقود تقريباً.

الهدف الثاني : إن التطورات التقنية و ظهور مبدأ التخصص ، يفرض ذلك على التشريعات أن تواكبه و تنظمه ، فأن وضع نظام قانوني خاص باختلال التكافؤ المعرفي ، يضع حلاً لكل مشكلة ناجمة عن التفاوت في المعرفة بين الأطراف في العقود.

المصادر

أولا :- الكتب القانونية باللغة العربية:

١- د. أيمن سعد سليم ، العقود النموذجية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٥.

٢- د. بوادلي محمد ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود ، لا يوجد عدد الطبع ، دار الفجر للنشر و التوزيع ، القاهرة، سنة ٢٠٠٧ ، ص ٤٦٨ .

٣- جاك غستان ، المطول في القانون المدني الفرنسي ،تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ،سنة ١٩٨٢.

٤- جاك غستان وبالتعاون كريستوف جامان و مارك بيو ، مفاعيل العقد أوأثاره ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، ط١ ، سنة ٢٠٠٠.

٥- د. حسن عبد الباسط جميعي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، لا يوجد عدد الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٠-١٩٩١.

٦- د. حسن عبد الباسط جميعي ، حماية المستهلك ، لا يوجد عدد الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،سنة ١٩٩٦.

٧- د. حسن عبد الباسط جميعي ، شروط التخفيف و الإعفاء من ضمان العيوب الخفية ، لا يوجد عدد الطبعة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣.

٨- سعيد سعد عبد السلام ، الالتزام بالإفصاح في العقود ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩.

٩- أ.د سليمان مرقص ، العقد والإرادة المنفردة ، لا يوجد عدد الطبعة ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، سنة ١٩٥٦.
١٠- د. عامر قاسم احمد القيسي ، حماية القانونية للمستهلك ، ط١ ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن – عمان ، ٢٠٠٢ .
١١- ا.د عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، لا يوجد عدد الطبعة ، المجمع العلمي العربي الإسلامي ، بيروت ، لا توجد سنة الطبع .
١٢- ا.د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ن نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ، المجلد الأول ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٠ .
١٣- أ.د عبد المجيد الحكيم ، أ.د محمد طه البشير و أ.د عبد الباقي البكري ، الوجيز في نظرية الألتزام – مصادر الألتزام ، ج١، جميع حقوق الطبع والنشر لدى وزارة التعليم العالي،١٩٨٢ .
١٤- د. عثمان غيلان العبودي ، المرشد العلمي في أحكام الشراء والبيع والإيجار وإبرام العقود الحكومية ، ط١ ، الناشر صباح الانباري، بغداد،٢٠٠٩ .
١٥- د. عصمت عبد المجيد ، اثر التقدم العلمي على تكوين العقد وإثباته ، (لا يوجد عدد الطبعة) ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ .
١٦- د.عمر عبد الباقي ، حماية المستهلك ، دار االنهظة العربية ، مصر ، ٢٠٠٦.
١٧- محمد بوادلي ، حماية المستهلك في القانون الفرنسي و المقارن ، لا يوجد عدد الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، لا يوجد تاريخ الطبعة .
١٨- د. محمد عبد الظاهر حسين ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ، لا يوجد عدد و لا مكان الطبعة ، سنة ٢٠٠١ – ٢٠٠٢ .
١٩- د.معتز نزيه محمد الصادق المهدي ، المتعاقد المحترف (مفهومه ، التزاماته ، و مسؤوليته) ، لا يوجد عدد الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، لا يوجد تاريخ الطبعة.
٢٠- ميرفت ربيع عبد العال ، لا يوجد عدد الطبع ، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، لا يوجد تاريخ الطبعة .
٢١- نزيه محمد صادق المهدي ، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقود – و تطبيقها على بعض العقود ، لا يوجد عدد الطبعة ، درا النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٢.

ثانيا : الرسائل :

١- رومان منير زيدان حداد ، حسن النية في تكوين العقود ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات الفقهية والقانونية – جامعة أهل البيت (عليهم السلام) ، ٢٠٠٠ .

ثالثا: البحوث :

١- د. احمد عبد الرحمن الملحم ، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، بحث منشور في مجلة الحقوق – جامعة الكويت ، العدد الأول والثاني ، ١٩٩٢.
٢- د. اسماعيل محمد المحاقري ، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية – دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي ، بحث منشور في مجلة الحقوق – جامعة الكويت ، العدد (٤) ، السنة (٣٠) ، ٢٩٩٦.
٣- د.صبري حمد خاطر ، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالمعلومات ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد الأول ، العدد الأول ، لسنة ١٩٩٦.
٤- د. عامر القيسي ، تطور القانون الوضعي في أساليب توعية المستهلك ، بحث منشور في مجلة النهرين – كلية القانون ، المجلد التاسع ، العدد السابع عشر ، لسنة٢٠٠٨.
٥- د. منصور حاتم محسن و د. إيمان طارق مكي ، شروط الأحادية الجانب ، بحث منشور في ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية ، العدد الأول ، السنة الأولى ، سنة٢٠٠٩ .

رابعا :المجلات و المجموعات القضائية

١- إبراهيم المشاهدي ، مبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، بغداد ، منشورات مركز البحوث القانونية ، مطبعة العاني ، ١٩٨٨.
٢- سعيد احمد شعلة ، قضاء النقض المدني في العقود ، لا يوجد عدد الطبعة، القاهرة ،دار الكتب القانونية ، – ، سنة ٢٠٠٦ .

خامسا: القوانين :

١- القانون المدني الفرنسي
٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٤- مدونة قانون الاستهلاك الفرنسي ذي الرقم ٩٣م/٩٤٩/في ٢٦ / تموز / ١٩٩٣-
٥- قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦.
٦- قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠.

سادسا : المواقع على الانترنت

١- *WWW.Droit.org.Admieth* .الجريدة الرسمية الفرنسية المتاحة على الانترنت.
٢- *WWW.LEG.FRANCE.QOUV.FR* .الموقع الرسمي للسلطات الفرنسية.
٣- http://www.legifrance.gouv.fr

سابعا : المصادر باللغة الاجنبية :

١- Dalloz Civil.Ed ١٠٩,Cent-Neuvieme Edition,Date , ٢٠١٠.
٢- Lamberterie, les contrats en informatique ,library de la cour de cassation ,paris
٣- Linant and A.Hollande , Les Contrats Informatiqes , Edition Masson ,paris , date,١٩٨٤.

الهوامش

(١) - و عرفت مرحلة تكوين العقد بأنها : مرحلة ما قبل لحظة اقتران الإيجاب بالقبول في مجلس التعاقد". رومان منير زيدان حداد ، حسن النية في تكوين العقود ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات الفقهية والقانونية – جامعة أهل البيت (عليهم السلام) ، ٢٠٠٠ ، ص١.

(٢) - د.صبري حمد خاطر ، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالمعلومات ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد الأول ، العدد الأول ، لسنة ١٩٩٦ ، ص١٧٣.

(٣)-Dalloz ,Code civil ,Ed ١٠٩ , Cent-Neuvieme Edition ,Date ,٢٠١٠, ,p, ١٣١٧.

(٥) - د. احمد عبد الرحمن الملحم ، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، بحث منشور في مجلة الحقوق – جامعة الكويت ، العدد الأول والثاني ، ١٩٩٢،ص٢٩٤.

(٦) - ا.د عبد الرزاق السنهوري (رحمه الله) ، نظرية العقد ، لا يوجد عدد الطبعة ، المجمع العلمي العربي الإسلامي ، بيروت ، لا توجد سنة الطبع أو الإصدار ،ص٧٣٠.

(٧) - الأسباب الموجبة لتشريع قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة (٢٠١٠).

(٨) - للتفصيل ينظر المادة (٦ ، فق أولا) و المادة (٧ ، فق أولا و خامسا) من قانون حماية المستهلك العراقي ، و المادة (٢ ، فق ب و ها) و المادة (٥) من قانون حماية المستهلك المصري ، و المادة (١١٣ و ما بعدها) من مدونة قانون الاستهلاك الفرنسي.

(٩) - د.صبري حمد خاطر ، المصدر السابق، ص١٧٤.

(١٠) - د. عصمت عبد المجيد ، اثر التقدم العلمي على تكوين العقد وإثباته ، لا يوجد عدد الطبعة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص٦٥.

(١١)- قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦.

(١٢) - د. حسن عبد الباسط جميعي ، حماية المستهلك ، لا يوجد عدد الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص٢٢. ، و في المعنى ذاته ينظر د. محمد حسين عبد العال،مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية ، دار النهضة العربية ، لا يوجد عدد الطبعة، مصر ،القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص٣٨. وسعيد سعد عبد السلام ، الالتزام بالإفصاح في العقود ، ط١ ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص٣ – ٤.

(١٣) -د. ميرفت ربيع عبد العال ، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع ، لا يوجد عدد و تاريخ الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص٢٥.

(١٤) - قضت المادة (١١٤) من مدونة قانون الاستهلاك "على المهني أن يقدم للمستهلك المعلومات الكاملة عن السعلة و الخدمة من مواصفاتها إلى منشأها و تاريخ صلاحيتها و
غيرها من المعلومات الجوهرية الأخرى" :

Art ١١٤- "Dans tout contrat ayant pour objet la vente d'un bien meuble ou la fourniture d'une prestation deservicesàun consommateur, le professionnel doit, lorsque la livraison du bien ou la fourniture de la"
الموقع على الانترنت جريدة الرسمية http://www.legifrance.gouv.fr

(١٥)–Cas , civ , ٧ nov , ٢٠٠٦ , Dalloz ,OP.CIT.p,١٢٩٢-١٢٩٣.

(١٦) - الغرفة المدنية الأولى في (١٣ شباط)لسنة ١٩٦٧ ، جاك غستان ، المطول في القانون المدني الفرنسي ،تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ص٥٩٢.

(٣)–cas ,civ ١er ,١٠ juin ١٩٨١ . Dalloz , Op.CIT , p ,١٢٤٥.

(١٨) –. Locase , L'indemnisation de l'alea therapeutique .d.١٩٨٩ ,chlon.p.٣٣ نقلا عن صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص١٦٦.

(١٩) - جاك غستان ، المصدر السابق ، ص٧٢.

(١٩)-X.Linant and A.Hollande , Les Contrats Informatiqes , Edition Masson, paris , date ١٩٨٤ ,p , ١٤.

(٢١) – يمكن إعطاء معنى إلى الخبرة ، بأنها احتراف نشاط معين عن طريق ممارسته على نحو الدوام . د.معتز نزيه محمد الصادق المهدي ، المتعاقد المحترف (مفهومه ، التزاماته ، و مسؤوليته) ، لا يوجد عدد الطبعة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، لا توجد تاريخ الطبعة ، ص٣٦.

(٢٢) – كذلك فقد أعطي للخبرة مفهوماً آخر ينسجم مع المعنى المذكور أعلاه ، حيث تم تعريفها بأنها : امتلاك الشخص معلومات عن العقد بسبب ممارسته لنشاط معين . ينظر في هذا المعنى ، د. إسماعيل محمد المحاقري ، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية ، بحث منشور في مجلة الحقوق – جامعة الكويت ، العدد (٤) ،السنة (٣٠) ، لسنة ٢٠٠٦، ص٢٥٠.

(٢٣) - د. عثمان غيلان العبودي ، المرشد العلمي في أحكام الشراء والبيع والإيجار وإبرام العقود الحكومية ، ط١ ، الناشر صباح الانباري ،بغداد،٢٠٠٩ ، ص١٠٩.

(٢٤) - د. عامر القيسي، تطور القانون الوضعي في أساليب توعية المستهلك ، بحث منشور في مجلة النهرين – كلية القانون ، المجلد التاسع ، العدد السابع عشر ، ص٢٣٠.

(٢٥) - نصت المادة (١٢٩) على أن (١- إذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل ألبته مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لان المتعاقد الأخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً جاز للقاضي ...).

(٢٦) - ا.د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ، المجلد الأول ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٠٧.

(٢٧) - د. محمد عبد الظاهر حسين ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ، لا يوجد عدد و لا مكان الطبعة ، سنة ٢٠٠١ – ٢٠٠٢ ، ص٧٠.

(٢٨)- ٢٨ ابريل لسنة ١٩٨٧، نقلا عن . د.معتز نزيه محمد الصادق المهدي ، المصدر السابق، ص٣٧.

(٢٩) - د. احمد عبد الرحمن الملحم ، المصدر السابق ، ص٤٦٣.

(٣٠) - د. معتز نزيه محمد صادق المهدي ،المصدر السابق ، ص١١-١٢.

(٣١) - د. معتز نزيه الصادق المهدي ، المصدر السابق ، ص١٢.

(٣٢) - د. حسن عبد الباسط جميعي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد _ دراسة مقارنة - ، لايوجد عدد الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠-١٩٩١، ص٩٩-١٠٠.

(٣٣) - ريما محمد فرج ، المصدر السابق ، ص٢٣.

(٣٤)- نصت المادة (١٥٠) على إنه (١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ، و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

(٣٥) - من الجدير بالذكر أن مبدأ حسن النية توسع نطاقه ليشمل مرحلة تكوين العقد ، للتفصيل ينظر ، رومان منير حداد ، المصدر السابق ، ص٣٣.

(٣٦) - نصت المادة (٧) بما يأتي (١- من استعمل حقه استعمال غير جائز وجب عليه الضمان ٢- و يصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير .ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة)

(٣٧) - د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ١٦٧.

(٣٨) - صبري حمد خاطر ، المصدر نفسه ، ص١٧١.

(٣٩) - د. عامر القيسي ، حماية المستهلك ،المصدر السابق ، ص١١٤.

(٤٠) -د. نزيه محمد صادق المهدي ، المصدر السابق، ص١٠٢.

(٤١) - د. عمر عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص٢٠٢. .

(٤٢) - نصت المادة (٤) من قانون حماية المستهلك المصري (على المورد أن يضع على جميع المراسلات و المستندات و المحررات التي تصدر عنه في تعامله أو تعاقده مع المستهلك – بما في ذلك المحررات و المستندات الاليكترونية – البيانات التي تحدد شخصيته ...) ، وكذلك المادة (٦) التي قضت (على كل مورد و معلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج و خصائصه ..)

(٤٣) - د.حسن عبد الباسط جميعي ،حماية المستهلك ، المصدر السابق ، ص١٥.

(٤٤) - د.عمر عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص١٩٠.

(٤٥)_

Article L111-3

"Les articles .s'appliquent sans préjudice des dispositions plus favorables auxconsommateurs qui soumettent certaines activités à des règles particulières en matière d'information du consommateur"

-الموقع على الانترنت http://www.legifrance.gouv.fr

(٤٦) - الذي نشر له مقالاً في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة١٩٤٥، بعنوان (الالتزام بالإدلاء بالمعلومات في مرحلة تكوين العقد) =

=De Juglar,lobligtions de renseignemenets dans les contrats rev .term.droit ,civil.١٩٤٥.p١-٢٢.

نقلاً عن د. نزيه محمد صادق المهدي ، المصدر السابق ، هامش ص٢٤.

(٤٧) – المصدر الفرنسي ذاته ، نقلاً عن نزيه محمد صادق المهدي ، المصدر السابق ، ص٢٤.

(٤٨)–Lamberterie, les contrats en informatique ,library de la cour de cassation ,paris ,p, ١٠

(٤٩) - قرار بتاريخ (١١\٤ لسنة ١٩٧٧) ، جاك غستان ، المصدر السابق ، ص٦٥٤.

(٥٠) -Cas , civ ,١er,٢٤ janv,١٩٨٤, Dalloz ,OP.CIT,p,١٨٤٢.

(٥١) -د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك ، المصدر السابق ، ص٢١.

(٥٢) - و هذا ما أكدته محكمة تمييز العراق في قرار قضائي صدر عنها ، رتبت المسؤولية فيه على جهز منظومة صوت الذي خالف الاتفاق على مواصفات معينة - منشأ المنظومة ،لأنه كان من المتفق عليه أن تكون المنظومة انكليزية المنشأ ، لكن بعد التنصيب تبين إن المنظومة هندية المنشأ ، و على ذلك تم تعويض المدعي بقيمة الفرق بين المنشأين. قرار رقم (٢٨٥) لسنة (٢٠٠٨) المحامي علاء التميمي ، المصدر السابق ، ص٨٢.

(٥٣) - د.حسن عبد الباسط جميعي ، المصدر السابق ، ص٢٢.

(٥٤) - د.نزيه محمد صادق المهدي ، المصدر السابق ، ص٧٤.

(٥٥). د. حسن عبد الباسط جميعي ، المصدر السابق ، ص٢٢.

(٥٦) - د.نزيه محمد صادق المهدي ، المصدر نفسه ، ص٦٧-٦٨.

(٥٧) - د. حسن عبد الباسط جميعي ، المصدر السابق ، ص٣٢.

(٥٨) - د.نزيه محمد الصادق المهدي ، المصدر السابق ، ص١٧٦.

(٥٩) - قانون حماية المستهلك المصري .

(٦٠) - محمد بوادلي ، حماية المستهلك في القانون الفرنسي و المقارن ، لا يوجد عدد الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، لا يوجد تاريخ الطبعة ، ص١٥٣.

(١) -

Article L١١٣-

"Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la ar= arrêtés responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées p du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommatio"

-انظر الموقع على الانترنت http://www.legifrance.gouv.fr

(٢) -Cass.civ,٣e.١٥,janv,١٩٧١. Lamberterie, OP.CIT. p, ١٠

(٣)–Laniol ,Droit Civil-Obligations contrats ,Paris, date,١٩٥٢,p , ١٣٣

(٦٤) - جاك غستان ، المصدر السابق ،ص ٧٣٠.

(٦٥) – ينظر إلى . ا.د عبد المجيد الحكيم ا.د عبد الباقي البكري ، أ.د محمد طه البشير و أ. ، المصدر السابق ، ص٤٤، د. عامر قاسم احمد القيسي ، حماية المستهلك ، المصدر السابق ، ص٣٣. أ.د السنهوري ، المصدر السابق ، ص١٠٧ ، أ.د سليمان مرقص ، العقد ولإرادة المنفردة ، لا يوجد عدد الطبعة ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، سنة ١٩٥٦، ص١٨٢-١٨٣.و الفقه الفرنسي ،. X Linant and A.Hollande.OP.CIT.p١٩.. -

(٦٦) – انظر في ، القضاء العراقي ، رقم القرار (١٢٢) \ لسنة ١٩٨٥ ، إبراهيم المشاهدي ، مبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، بغداد ، منشورات مركز البحوث القانونية ، مطبعة العاني ، ١٩٨٨ ، ص٤٠٣. و القضاء المصري، طعن رقم (٢٠٨) لسنة (١٩٥٤) ، سعيد احمد شعلة ، المصدر السابق ، ص١٣٤.

(٦٧) - جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية ، (يجب أن تكون الشروط التعاقدية ، و خاصة تلك الموجهة لعامة المستهلكين ، واضحة و يسيرة للأطراف الذين يريدون أن يبرموا عقد). -Cass , ١٨ , Jull , D .١٩٧٧ .X Linant and A.Hollande.OP.CIT.p.١٩.

(٦٨) – ينظر الى ، محمد عبد الظاهر حسين ، المصدر السابق ،ص٥٢-٥٣.د. عمر عبد الباقي، المصدر السابق ،ص٤٦٧- ، د. بوادلي محمد ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود ، لا يوجد عدد الطبع ، دار الفجر للنشر و التوزيع ، القاهرة، سنة ٢٠٠٧ ، ص ٤٦٨ . جاك غستان ، المصدر السابق ، ص٩٥. و كذلك

Dalloz . Bull.OP.CIT.p.١٣٩٩.

(٦٩) – ينظر إلى ، د. عمر عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص ٣٣١ -.د. منصور حاتم و د. إيمان طارق، المصدر السابق ، ص٣١٨-٣١٩.

(٧٠) - نصت المادة (١٠٠) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على (القبول يكون بمجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل المساومة).

(٧١) – ينظر إلى ، الفقه العراقي ، أ.د عبد المجيد الحكيم ، أ.د محمد طه البشير و أ.د عبد الباقي البكري ، المصدر السابق ، ص٤٥. الفقه المصري ، أ.د السنهوري ، نظرية الإرادة ، المصدر السابق ، ص٢٨٠.الفقه الفرنسي ،

. - X.Linant de and A.Hollande ,OP.CIT.P.١٥

(٧٢) - د. منصور حاتم و د .إيمان طارق ، المصدر السابق ، ص٣١٤-٣١٥.

(٧٣) - د. عامر القيسي ، المصدر السابق ، ص١٣٩.

(٧٤) - ينظر إلى ، ا.د عبد المجيد الحكيم ، ا. د محمد طه البشير و ا.د عبد الباقي البكري ، المصدر السابق ، ص٤٦..في مصر ، د. أيمن سعد سليم ، المصدر السابق ، ص٦٤-٦٥.

(٧٥) - ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن تقدير الشرط التعسفي يكون من قبل محكمة الموضوع ، التي لا رقابة لمحكمة الطعن عليها،- طعن (٣٨٨) لسنة ١٩٨٩ ، سعيد احمد شعلة ، المصدر السابق ، ص١٣٦.

(٧٦) - د.حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص٦٦.

(٧٧) -جاك غستان وبالتعاون كريستوف جامان و مارك بيو ، مفاعيل العقد أو أثاره ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، ط١ ، سنة ٢٠٠٠،ص٥٢.

(٧٨) - طعن (١٥ كانون الأول) لسنة ١٩٧٥ ، جاك غستان ، المصدر السابق ، ص٢٦٥.