

حماية المستهلك من الشروط التعسفية - دراسة مقارنة - Consumer protection against unfair terms -a comparative study -

أ. شعوة هلال *

جامعة الشيخ العربي التبسي.
تبسة.الجزائر

hillelchaoua@gmail.com

ملخص:

من أهم الوسائل التي يستعملها المهني لاستغلال المستهلك وسيلة الشروط التعسفية، وهي شروط يضعها، ولا يقبل أن تكون محلا للمفاوضات بينه وبين المستهلك، يترتب عليها اختلال في العلاقة التعاقدية لصالح المهني على حساب المستهلك، وهي عادة ما ترد في عقود الإذعان، لكن قد تتواجد في عقود المساومة أيضا، والحماية من الشروط التعسفية تعيننا جميعا بصفتنا مستهلكين؛ إذ يمكن أن يقع أي منا ضحية لها، كما أن سبب دراستها هو كثرة انتشارها في عقود الاستهلاك وخطورتها على حقوق المستهلك ومصالحه؛ فمن المهم جدا دراسة كل من مفهوم المستهلك ومفهوم هذه الشروط من ناحية، والتعرف على آليات الحماية منها من ناحية ثانية.

الكلمات المفتاحية: حماية؛ مستهلك؛ عقد؛ شروط تعسفية.

Abstract:

One of the most important means used by the professional to exploit the consumer is the means of unfair terms; these are set by the professional, and he does not accept that they are the subject of negotiations between him and the consumer, and they result in an imbalance in the contractual relationship in favor of the professional to the detriment of the consumer. They are usually mentioned in adhesion contracts, but they can be found in negotiated

* المؤلف المرسل: أ. شعوة هلال

contracts, protection against these clauses concerns everyone as consumers; Any of us can be a victim of it, and the reason we study it is its widespread presence in consumer contracts and its danger to the rights and interests of the consumer. It is very important to study both the concept of consumer and the concept of these clauses, on the one hand, and to know the protection mechanisms against them, on the other hand.

Keywords: consumer; contract; protection; unfair terms.

أمام الانفتاح الاقتصادي والتدفق الكبير للسلع المختلفة والخدمات المتنوعة، زاد شغف الاستهلاك لدى المستهلك، وزادت معه رغبة المهني¹ الجامحة في مضاعفة الأرباح مستغلا ضعفه وحاجته إلى الاستهلاك، ومن أبرز وسائل الاستغلال تلك الشروط التعسفية؛ إذ وجد فيها المهني مجالا خصبا، وظفه للتربح على حساب المستهلك منتهكا حقوقه ومصالحه المادية والمعنوية.

والشروط التعسفية تنشأ بسبب التعسف الذي يمارسه المهني مستغلا تفوقه الاقتصادي وخبرته المهنية؛ إذ يتولى إعدادها مسبقا، ولا يقبل أن تكون محلا للمفاوضات بينه وبين المستهلك، فهي شروط مجحفة، يترتب عليها اختلال في العلاقة التعاقدية لصالح المهني، وهي عادة ما ترد في عقود الإذعان، لكنها قد تتواجد في عقود المساومة، رغم أن عقد الإذعان هو الحقل الخصب و المجال الطبيعي لهذه الشروط.

والحماية من الشروط التعسفية لا تعني فقط فئة أو طائفة بعينها من الناس، وإنما تعني الجميع بصفتهم مستهلكين، وبالتبعية، قد يكون أي منا ضحية لهذا التعسف، ومن هنا يكتسي هذا الموضوع أهميته البالغة.

كما أن سبب دراستها هو كثرة انتشارها في عقود الاستهلاك وخطورتها على حقوق المستهلك ومصالحه المادية وربما المعنوية أيضا، وعن الهدف من وراء البحث؛ فهو دراسة مفهوم المستهلك من جهة، والتعمق في معرفة هذه الشروط والتعرف على آليات الحماية منها من جهة ثانية.

فما مفهوم كل من المستهلك والشروط التعسفية، وما هي الآليات القانونية المرصودة للتصدي لها؟

ولدراسة هذا الموضوع، اعتمدنا عدة مناهج، أهمها المقارن، تماشيا مع طبيعة الدراسة، كما وظفنا مناهج أخرى؛ كالوصفي والتحليلي، وذلك وفق ما تقتضيه عناصر وأجزاء البحث المختلفة.

وبالنسبة للخطة؛ فهي ثنائية، تناولنا في المطلب الأول منها، الإطار المفاهيمي لكل من المستهلك والشروط التعسفية، أما المطلب الثاني؛ فقد تطرقنا فيه إلى آليات حماية المستهلك من هذه الشروط.

المطلب الأول : الإطار المفاهيمي لكل من المستهلك والشروط التعسفية.

في هذا المطلب، سنحاول تسليط الضوء على كل من مفهوم المستهلك في فرع أول، وفي الفرع

الثاني، سنتطرق إلى مفهوم الشروط التعسفية.

الفرع الأول: مفهوم المستهلك.

رغم أن مفهوم المستهلك قد حظي باهتمام كبير من قبل شراح وفقهاء القانون، لكنه لم يلق توافق بينهم، ومازال هناك اختلاف فقهي حاد حوله، وسبب ذلك أن وصف الاستهلاك يتصف به الجميع، ويمكن أن يطلق، ليس فقط على من يسعى لتحصيل حاجياته الشخصية وحاجيات أفراد أسرته، بل كذلك على من يقتني السلع والخدمات لأغراض مهنته بوجه عام، ونتيجة هذا المعنى ظهر اتجاهان رئيسيان تنازعا هذا المفهوم، اتجاه وصف بالتوسيع، وآخر بالتضييق، وعليه لا بد من المرور بهذين الاتجاهين أولا، كي نتوقف عند مفهوم المستهلك في القانون الجزائري.

أولا : مفهوم المستهلك بين التوسيع والتضييق.

1- الاتجاه الموسع في مفهوم المستهلك.

يعد مستهلكا وفق هذا الاتجاه كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك مطلقا، وسواء أكان يتعاقد بغرض الاستخدام الشخصي أو المهني²، وعلى هذا الأساس، عرف بعض أنصار هذا الاتجاه المستهلك على أنه : " كل شخص يقوم بتصرف قانوني، من أجل اقتناء السلع أو الخدمات، لاستخدامه الشخصي أو المهني؛ وبذلك يشمل هذا المفهوم المعاملات التجارية بين المنتجين أنفسهم؛ أي المعاملات التي تتعلق بنشاطهم المهني، بشرط أن تكون هذه المعاملات خارجة فقط عن مجال اختصاصهم المهني"³.

وبناء عليه؛ يتسع مفهوم المستهلك ليشمل المهني، الذي يبرم عقودا تخدم مهنته في الحالة التي يتصرف فيها بعيدا عن أعمال مهنته؛ فيعتبر مثل المشتري العادي الذي يجهل السلعة أو الخدمة؛ فالاستعمال الشخصي هنا ليس هو معيار التفرقة بين المستهلك وبين المهني، ومثال ذلك: التاجر الذي يشتري أثاثا لمعمله، أو يبرم عقد تأمين لتأمين مصنعه ضد الحريق؛ فهو وغيره يعتبرون من غير المهنيين بالنسبة لبائع الأثاث المحترف وشركة التأمين مثلا⁴؛ فالمهني في هذه الحالات يطلق عليه وصف " غير المهني" وهو أيضا يجهل السلعة أو الخدمة محل المعاملة، وليس لديه العلم الكافي بها، شأنه في ذلك، شأن المستهلك تماما، ومن ثم يصلح أن ينطبق عليه وصف المستهلك أيضا⁵.

ومن جهتها تعرضت محكمة النقض الفرنسية⁶ لمفهوم غير المهني (La notion du non professional) في حكم لها تلخص وقائعه في أن مزارعا قام بإبرام عقد مع إحدى شركات الخبرة

لشراء أجهزة إطفاء الحريق، ثم تلقى عرضاً آخر أفضل، فعدل عن العقد خلال مهلة سبعة أيام، مستخدماً في ذلك رخصة العدول الممنوحة بموجب نص المادة 3 من قانون البيع بالموطن الصادر في 1972/12/22 ، ولقد دفعت شركة الخبرة بأن العقد محل النزاع لا ينطبق عليه القانون المذكور، لأن المزارع تعاقد لحاجات الاستغلال الزراعي؛ أي بصفته مهنيًا⁷ ، لكن المحكمة أسست حكمها على أن عقد الخبرة يخرج من الاختصاص المهني للمزارع، وبالتالي يستفيد من النصوص الحمائية التي نص عليه القانون المذكور بصفته مستهلكاً في هذه الحالة⁸.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقهاء الفرنسيين أيدوا هذا الاتجاه الموسع كي تطبق نصوص قانون الاستهلاك على المهنيين الذي يتعاملون بعيداً عن نشاطهم أو اختصاصهم المهني ، ولقد اعتمد هؤلاء على المادة (1/35) من القانون الفرنسي⁹ ، التي جاء فيها أن نصوص هذا القانون تطبق على العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، مستنبطين من صياغة هذا النص القانوني، أن المشرع عندما وظف مصطلح غير المهني مع الإبقاء على مصطلح المستهلك، قد قصد أن تمتد الحماية القانونية للمهني الذي يبرم عقد استهلاك في مواجهة المهني الخبير المؤهل في مجال تخصصه¹⁰.

ومحاولة لضبط فكرة المستهلك في إطار الاتجاه الموسع، بلور الفقه مفهوم معيار الاختصاص، وهذا المعيار موافق للمقابلة التي أجراها قانون الاستهلاك بين المهني من جهة، والمستهلك وغير المهني من جهة أخرى، وعليه يكون المستهلك عموماً هو الشخص الذي لا يمارس اختصاصه المهني؛ أي غير المهني؛ فيعتبر مستهلكاً طالما يتعاقد خارج مجال اختصاصه.

ورغم ذلك فقد وجهت انتقادات عديدة لهذا المعيار؛ كغموض فكرة غير المهني، حيث يمكن أن يحمل الشخص وصفين في الآن ذاته، وصف المهني ووصف المستهلك¹¹ ؛ فهذا التوسع غير مبرر في نطاق قانون الاستهلاك؛ وحيث أن الاعتداد بالمؤهلات الخاصة بكل مستهلك سيثير نزاعات لا نهاية لها ولا طائل منها، وقد يسقط عن قانون الاستهلاك فعاليتها¹² ، كما أن المتعاقد - متى كان مهنيًا - فإنه يتحقق لديه قدر من القوة الاقتصادية والخبرة في مجال التعامل، ينأى به عن الضعف الذي يعتري المستهلك العادي¹³ ، و عيب على الاتجاه الموسع أيضاً أنه يجعل حدود قانون الاستهلاك غير دقيقة، من حيث معرفة ما إذا كان المهني يعمل في إطار تخصصه أم لا حتى نحدد القانون الذي يسري عليه، رغم أن الوضع الطبيعي هو وجوب معرفة المتعاقدين للقانون الذي سيخضعون لحكمه مسبقاً، ضف إلى هذا كله، أن المهنيين المتعاقدين خارج حدود تخصصهم، لن يحتاجوا إلى أحكام حماية المستهلك ما دام لديهم قوانين تحميهم¹⁴.

وأمام هذه الانتقادات المؤسسة، أضاف الفقه الفرنسي شرطاً آخر لاعتبار المهني الذي يتعاقد خارج تخصصه مستهلكاً، وهو شرط ألا تكون معاملته ذات صلة مباشرة بمهنته، وسمي هذا الشرط معيار العلاقة أو الإسناد المباشر، ويتحدد مضمونه بحقيقة الرابطة التي تقرر بين التصرف القانوني الذي يبرم، والمهنة التي يمارسها المهني؛ فإذا كان التصرف من قبيل العقود التي لها صلة مباشرة بنشاط المهني، لا يعتبر مستهلكاً ولا تطبق عليها القواعد التي شرعت لحماية المستهلك، أما إذا لم تكن كذلك فإن المهني يعد في هذه الحالة مستهلكاً¹⁵.

وعن موقف القضاء الفرنسي من المفهوم الموسع للمستهلك؛ فرغم أنه أسس له وأيده في بعض الأحكام كما رأينا، إلا أنه ما لبث وأن هجره في عدة قضايا منها: رفض محكمة النقض في حكم لها الاعتراف لتاجر الأدوات الكهربائية الذي اشترى طابعة لطباعة بطاقات زيارة العملاء بوصف المستهلك¹⁶، وفي أحدث أحكام للمحكمة بخصوص عدم قبول المفهوم الموسع للمستهلك، رفضت اعتبار التاجر مستهلكاً بالنسبة لعقد توريد المياه الخاصة بمحله التجاري¹⁷، كما رفضت تطبيق المادة 1/132 من قانون الاستهلاك، والخاصة بالشروط التعسفية على هذا العقد لوجود صلة مباشرة بين العقد ونشاط التاجر¹⁸.

وبناء على ما سبق؛ فإن فكرة اكتساب المهني وصف المستهلك غير دقيقة، بسبب أن الشخص المبحوث عن حمايته هو الطرف الضعيف في العملية التعاقدية؛ فهو وحده الأجدر بحماية قانون المستهلك، أما المهني الذي يتمتع بالقوة المادية، والخبرة والمعرفة أيضاً؛ فإن حمايته متوفرة في كل من قواعد القانون المدني والتجاري¹⁹.

2- الاتجاه المضيق في مفهوم المستهلك.

هذا الاتجاه هو السائد لدى أكثر الفقه²⁰، ولقد ركز أصحابه في تعريفهم للمستهلك على هدف الشخص من التعاقد و حصوله على السلعة أو الخدمة، واشتروا أن يكون ذلك لأغراض لا علاقة لها مطلقاً بالنشاط المهني الذي قد يمارسه؛ لذلك دأب هؤلاء في تعريف المستهلك على التركيز على سبب اقتناء البضاعة أو التزود بالخدمة، واشتروا دائماً أن يكون ذلك بهدف الاستهلاك والسعي لإشباع الحاجات الشخصية أو العائلية للمستهلك، بعيداً عن النشاط المهني²¹.

فمن أنصار هذا الاتجاه من يعرف المستهلك بأنه: " هو كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، وبناء عليه لا يكسب صفة المستهلك من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه".

أما بالنسبة للخدمات: " فيتعلق الأمر بالمستهفيدين منها في شكل أعمال على أموالهم المادية المملوكة لهم سلفا، مثل: أعمال الصيانة، أو الإصلاح، أو الخدمات الأخرى التي يحصلون عليها.²²

ويرى غالبية²³ الفقه المتبني للمعنى الضيق أن المستهلك عموما: " هو كل شخص يحصل على الخدمة أو السلعة بهدف إشباع حاجياته الشخصية أو العائلية وليس لغرض مهني أو تجاري " ، وبالنسبة للخدمات؛ فهي تمثل كل ما يقدم للمستهلك مقابل ما يلتزم بدفعه، وقد تكون هذه الخدمات ذات طبيعة مادية أو ثقافية أو مالية، فيمكن أن يكون عقد الاستهلاك عقد تأمين أو تعليم أو قرض أو إيجار أو توريد مياه أو كهرباء، فتكون هذه الحماية في هذه العقود واجبة باعتبار المستهلك الطرف الأضعف في علاقته مع المهني²⁴ .

ثانيا: مفهوم المستهلك في القانون الجزائري.

بداية نقول أن المشرع الجزائري كان رائدا وسباقا في مجال التشريع للمستهلك، وإفراده بنصوص حمائية خاصة، وذلك مقارنة بكل البلدان العربية، ذلك أن حماية المستهلك بدأت من القانون رقم 89 - 02 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك²⁵ ، ثم ألغي هذا القانون وعوض بالقانون 09 - 03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

ولقد كان أول تعريف للمستهلك في القانون الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي 90 - 39 الصادر سنة 1990²⁶؛ فالمستهلك في هذا القانون هو: " كل شخص يقتني بئمن أو مجانا، منتوجا أو خدمة، معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر، أو حيوان يتكفل به".

وجاء القانون 04-02 الذي القواعد المطبقة على الممارسات التجارية²⁷ وعرفه: " 2 - كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني، "

ثم جاء القانون 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش²⁸ وعرفه بالمادة 3 من الفصل الثاني منه بأنه: "

- كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني ، بمقابل أو مجانا ، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به ..."

وكما هو واضح، قام المشرع بإسقاط عبارة الاستعمال الوسيط في التعريف الأول أعلاه، كما جرد السلعة أو الخدمة من أي استعمال مهني، وأوجب أن يكونا فقط من أجل الاستعمال النهائي، مما يدل على أنه قد هجر بدوره المفهوم الواسع للمستهلك، وتبني في النهاية المفهوم الضيق.

ومن خلال هذا التعريف يتضح أيضا أن المشرع توخى أن تكون حمايته للمستهلك حماية كاملة وكافية وهذا من خلال ما يلي:

1 - إنه التزم بخاصية أن المستهلك لا يقتني السلعة أو الخدمة إلا من أجل إشباع حاجاته الشخصية، وتأكيدا على ذلك استعمل كلمة "النهائية" لكي يخرج من هذا المعنى كل اقتناء للسلعة أو الخدمة من أجل إعادة البيع أو إعادة التصنيع، والذي لا يكون أطرافه في الحقيقة إلا المهنيون الذين تنتفي عنهم صفة الضعف، وبالتالي لا ينطبق عليهم وصف المستهلك ولا تشملهم النصوص الخاصة بحمايته.

2 - أنه شمل بالحماية الأشخاص المعنوية كالجمعيات²⁹ والنقابات والمؤسسات الخيرية، التي تسعى بدورها لاقتناء ما تلي به حاجياتها الشخصية أو حاجيات الأعضاء المكونين لها أو حتى حاجيات الأفراد الذين تقدم لهم خدماتها، فهي تتعرض لما يتعرض له المستهلك الفرد من إجحاف، وشروط تعسفية، وغش، واحتيال بسبب نقص الخبرة والدراية لديها في تعاملاتها مع المهنيين.

3- أن المشرع لم يرقم فرقا بين المستهلك الذي يدفع مقابلا للسلعة أو الخدمة، وبين المستهلك الذي قد يحصل عليها مجانا من خلال المعارض أو المحافل الترويجية مثلا، والتي قد يسمح فيها المنتج أو التاجر للمستهلكين بتذوق السلعة أو تجربتها أو يقدم لهم عينات منها، وهذا لكي يغلق الباب أمام المهني الذي قد يدفع بمجانية السلعة أو الخدمة لكي يسقط عنه المسؤولية القانونية عندما يصاب مستهلكها بضرر.

4 - أن المشرع شمل بالحماية الحيوانات التي يمكن أن تتضرر هي الأخرى من جراء مواد ملوثة أو فاسدة أو منتهية الصلاحية أو مغشوشة أو مسمومة أو غير ذلك، وهذا إمعانا منه في الحماية وسدا لأية ذريعة يمكن للمهني تاجرا كان أو صانعا أن يتذرع بها لكي يتخلص من مسؤوليته.

وبالنسبة لتعريف المستهلك الإلكتروني، فلقد ورد أول مرة في قانون التجارة الإلكترونية³⁰ بأنه: " شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

يتضح من خلال هذا التعريف، أن المشرع سار على نفس نهج القوانين المذكورة آنفاً، وتبنى مرة أخرى المفهوم الضيق الذي حصره في الغرض الشخصي دون المهني، وسواء أكان المستهلك شخصاً طبيعياً أو معنوياً³¹.

وعليه فإن المستهلك الإلكتروني هو ذاته المستهلك في التعاقدات التقليدية، لكنه فقط يتعامل عن طريق الاتصالات الإلكترونية؛ فهو الذي يتلقى الإعلان عن السلعة من خلال الإنترنت مثلاً، ومن ثم يقوم بإبرام العقود الإلكترونية المختلفة، من شراء وأيجار وقرض وانتفاع وغير ذلك، من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، دون أن يقصد إعادة تسويقها، ودون أن تتوافر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها³²، مما يستدعي مراعاة خصوصية هذه المعاملات التي يجريها.

الفرع الثاني : مفهوم الشروط التعسفية

الغالب أن تدرج الشروط التعسفية في عقود الإذعان، لكننا قد نكون أمام عقد من عقود المساومة يحتوي شرطاً أو أكثر من الشروط التعسفية، وعليه، ومن أجل الإحاطة أكثر بالموضوع، سندرس تعريف كل من الشروط التعسفية وعقود الإذعان بصورة مستقلة.

أولاً: تعريف الشروط التعسفية.

عرف القانون الفرنسي الشرط التعسفي في البداية³³ بأنه : " كل شرط يفرض على المستهلك أو غير المهني من طرف المهني نتيجة تعسف الأخير في استعمال سلطاته الاقتصادية بهدف الحصول على ميزة مجحفة".

وفي السياق نفسه عرف الشرط التعسفي³⁴ بأنه : " ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بوقوع هذا التعسف، والذي عادة ما يرد في عقود الإذعان خاصة أو العقود النمطية؛ إذ يتولى إعدادها مسبقاً مختصون يتمتعون بالتفوق الاقتصادي والكفاءة الفنية، وقد تبدوا وفقاً للقواعد

العامة شروطا عادية لا تنال من سلامة الرضاء، ولكنها في حقيقتها مجحفة ظالمة، ترهق المتعاقد وتثقل من التزاماته."

كما رأى البعض أيضا³⁵ أنه لكي يعتبر الشرط تعسفيا يلزم أن يتوافر فيه شقان متلازمان ومرتبطان ببعضهما، يشكل أحدهما سببا للآخر وهما:

الأول : التعسف في استخدام السلطة أو القوة الاقتصادية؛ إذ يعتبر الشرط تعسفيا عندما تكون الميزة المجحفة التي منحت للمني نتيجة لتعسفه في استعمال سلطته الاقتصادية.

ولقد انتقد هذا المعيار لسببين على الأقل؛ السبب الأول، كونه معيار غير واضح وغير دقيق، أما السبب الثاني؛ فلأن القوة الاقتصادية ليست ضرورية دائما لكي يفرض المحترف إرادته على المستهلك؛ إذ يمكن أن نجد من الناحية العملية تاجرا بسيطا ومع ذلك يستطيع أن يفرض شروطه مستخدما وسائل غير القوة الاقتصادية.

أما الشق الثاني، وهو وجود الميزة المجحفة؛ حيث أن استخدام المني لنفوذه الاقتصادي من أجل فرض شروطه بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة مجحفة، يعني أن الميزة المجحفة هي نتيجة أو محصلة لهذا الاستخدام التعسفي، وتتجلى هذه الميزة في الضرر اللاحق بالعدالة العقدية؛ أي الاختلال وعدم التكافؤ في الحقوق والواجبات العقدية، حيث لم يكن للمستهلك حق مناقشة وتعديل محتوى العقد، وإنما فرض عليه فرضا بعد أن قام المني بإعداده مسبقا، ولقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية شرطا تعسفيا، ذلك الذي من شأنه المساس بحق المستهلك في التعويض، بإسقاطه أو الإنقاص منه، وكان ذلك الشرط يقضي بأن إخلال المني بالتزاماته لا يخول الحق للمستهلك في المطالبة بالتعويض³⁶.

وفي تطور مهم، و بموجب المادة (L.132-1) من القانون الفرنسي³⁷ عرفت الشروط التعسفية على أنها : " تعتبر شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين، أو المستهلكين، تلك التي يكون موضوعها، أو من أثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق و التزامات الأطراف في العقد."

وما يلاحظ من خلال مقارنة التعريفين أعلاه، أن المشرع الفرنسي أسقط معيار السلطة أو القوة الاقتصادية من تعريف الشرط التعسفي في النص الأخير، وهذا سعيا للتخفيف من شروط اعتبار الشرط تعسفيا، ومراعاة لمصلحة المستهلك و التيسير عليه ليتمكن من التخلص من هذه الشروط.

ويرى الفقه الفرنسي الحديث أن المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 قد ألغت معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية المنصوص عليه في قانون 10 جانفي 1978 ، لأن المني له وسائل أخرى تضمن له التفوق دائما، كما قد لا يكون هذا التفوق اقتصاديا فقط، بل يمكننا القول أن التفوق الفني أو التقني هو الذي يمكنه أيضا من فرض هذه الشروط؛ فالمني معتاد على إبرام العقود، ويعرف بدقة الحقوق والالتزامات المترتبة عليها، ويمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها، بالإضافة إلى الشروط التي يستطيع فرضها على من يتعاقد معه، ولذلك اعتبر هذا الشرط - السلطة الاقتصادية - غير ذي جدوى من الناحية العملية، لأنه لم يعد يلعب وحده نفس الدور الذي كان يلعبه في السابق؛ بحيث كان هو المصدر الوحيد الذي يعطي للمتعاقد الميزة المجحفة أو سلطة التفرد بوضع الشروط، وإنما أصبحت هناك مصادر أخرى تعطي نفس النتيجة؛ كالتفوق التقني، أو الخبرة، أو المعرفة.³⁸

وعلى العموم، فالشرط التعسفي له ثلاث خصائص أساسية، وهي أنه: شرط يترتب عليه عدم التكافؤ بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العلاقة التعاقدية، وأنه شرط ينأى به المني عن المساومة و لا يكون محلا للمفاوضات بينه وبين المستهلك، كذلك يختص بكونه شرط معد بصفة مسبقة وعادة ما يكون مكتوبا.³⁹

ولقد قدم بعض الفقه الفرنسي تعريفا أوجز للشرط التعسفي وفق المفهوم الحديث بقولهم: " الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح هذا الأخير ميزة مجحفة بالمعاقد الآخر"⁴⁰.

وبالنسبة للتوجيه الأوروبي المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين⁴¹ فالمادة 1/3 تعرفها كما يلي: " الشرط الذي يرد في العقد والذي ينطوي على تفاوت واضح بين حقوق والالتزامات الأطراف فيه، خلافا لما يقضي به حسن النية، ويكون ضد مصلحة أو على حساب المستهلك". وما يلاحظ على هذا التعريف مقارنة مع تعريف الشرط التعسفي في القانون الفرنسي الحالي، أنهما متطابقان تقريبا إذا ما استثنينا عدم إشارة القانون الفرنسي لحسن النية التي يجب أن يتحلى بها واضع الشرط التعسفي، ولقد كيف المشرع الفرنسي قوانينه لتتماشى مع توجيهات الاتحاد الأوروبي، وذلك قصد توحيد قوانين دول الاتحاد.

أما المشرع الجزائري⁴²، فقد عرف الشرط التعسفي بأنه: " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد"⁴³.

ونعتقد أن التطور الذي مر به القانون الفرنسي - كما رأينا - من حيث التخفيف من شروط اعتبار الشرط تعسفيا، وإسقاطه معيار القوة الاقتصادية، ترك أثره على القانون الجزائري، وهو الذي جعل هذا التعريف يأتي خلوا من ذكر المعيار، مما جعله يماثل التعاريف التي أوردتها التشريعات الحديثة، والتي لم تعد تتطلب توافر كل من المعيار الاقتصادي، وهو استعمال النفوذ الاقتصادي (l'abus de la puissance économique)، والمعيار القانوني، وهو الميزة المجحفة التي يحصل عليها المحترف (l'avantage excessif)؛ إذ أصبح الأمر مقتصرًا على معيار أوحده هو وجود إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

وحسنا فعل المشرع أيضا، لأنه بهذا المنحى يكون قد مدد حمايته للمستهلك إلى عقود التجارة الإلكترونية أيضا - خاصة وأنه لم يحدد وسيلة أو دعامة معينة للتعاقد - والتي غالبا ما يتعرض فيها المستهلك لمثل هذه الشروط، التي يتفرد المهني أو التاجر - حتى وإن لم تكن لديه سلطة أو قوة اقتصادية وفق المفهوم التقليدي - بصياغتها في نموذج يتعرض فيه لمسائل فنية تفصيلية، كان قد أعطى لنفسه الوقت لمراجعتها ودراسة جدواها بالنسبة له، وهي شروط تفتقر عادة للوضوح، وإن تكن كذلك، لا يتييسر فهمها بالنسبة للمستهلك العادي، كما لا يكون له مناقشتها أو تعديلها مما يحدث اختلالا تعاقديا واضحا وأكيدا.

ومما تقدم يمكن أن نعتمد التعريف التالي للشرط التعسفي وهو: " ذلك الشرط الذي يترتب عليه إخلال بالتوازن العقدي، ضد مصلحة المستهلك، لعدم خبرته ودرايته، أو لوجوده في مركز عدم مساواة فنية أو قانونية أو اقتصادية في مواجهة الطرف الآخر، سواء كان الشرط يتعلق بالثمن أو كيفية دفعه، أو يتعلق بماهية محل التعاقد أو يتعلق بتسليم السلعة أو المنتج أو ظروف تنفيذ العقد، أو يتعلق الشرط بالمسؤولية أو الضمان أو غير ذلك."⁴⁴

وانطلاقا من هذا التعريف يمكن أن نستخلص أهم خصائص الشرط التعسفي وهي :

1- ألا يكون الشرط قابلا للمفاوضة أو المساومة من قبل المستهلك مع الطرف الآخر الأقوى.

2- أن يكون الشرط معدا بصفة مسبقة دون أن يكون للمستهلك أي دور في تعديله أو إحداث تأثير في محتواه أو إلغائه.

3- أن يترتب عن هذا الشرط عدم توازن أو تكافؤ بين الحقوق والالتزامات⁴⁵.

والشروط التعسفية تشمل فيما تشمل تحديد ماهية السلعة أو الخدمة أو حجمها أو خصائصها، وقد تتعلق بالثمن وطريقة دفعه أو حتى زيادته، أو ما تعلق منها بالتسليم وأعباءه وظروف تنفيذ العقد، كما تمتد لقواعد الضمان بالتخفيف منه أو إسقاطه، أو لكيفية تجديد العقد أو إنهائه أو للمسؤولية عن الإخلال بالالتزامات؛ كالإعفاء منها أو تخفيفها أو تشديدها على المتعاقد الآخر، وغير ذلك مما يصب دائما في مصلحة واضع الشروط وضد مصلحة المستهلك⁴⁶.

ثانيا : تعريف عقود الإذعان.

عرف الأستاذ السنهاوري عقد الإذعان⁴⁷ بأنه : " عقد يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري، ويكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق في شأنه أو في شأنها"⁴⁸.

كما عرف أيضا بأنه : " هو ذلك العقد الذي ينفرد أحد العاقلين بوضع شروطه، ولا يسمح للطرف الآخر بمناقشتها، ويتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية تقع تحت احتكار قانوني أو فعلي، ويصدر الإيجاب فيه للناس كافة في شكل صيغة مطبوعة تحتوي على شروطه، ويكون أكثرها لمصلحة الموجب، فهي تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية، وأخرى تشدد من مسؤولية الطرف الآخر"⁴⁹.

ومن خلال التعريفين السابقين، لكي يعتبر العقد إذعائاً يجب أن تتوفر الشروط التالية:

- 1- أن يكون هناك احتكار قانوني أو فعلي للسلعة أو الخدمة من قبل مقدمها.
- 2- أن تكون السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك، مثل خدمات التزود بالغاز والكهرباء والمياه والتلفون.
- 3 - أن تفرض شروط العقد على المستهلك دون أن يكون من حقه مناقشتها أو تعديلها وتكون أكثرها في مصلحة واضعها.

وكما هو واضح، فإن التعاريف أعلاه، تعكس في حقيقتها النظرة التقليدية المتصورة لعقد الإذعان، والذي يرى البعض⁵⁰ أن تعريفه أصبح يفتقر للدقة والضبط، ذلك أن: " اللامساواة في القوة الاقتصادية أو بشكل أبسط، اللامساواة التي تخلقها العجلة وكثافة الحاجة في كل مكان دائما تفرض حضور هذا العقد."

فالمبادئ القانونية الحديثة تجاوزت ذلك، وخففت من شروط اعتبار العقد عقد إذعان، بهدف التوسع في تعداد العقود التي تصنف من هذا القبيل، مما يجعل المستهلك يحظى بحماية فعالة تكفل حقوقه، ذلك أن الفقه الحديث⁵¹ يرى مثلاً، بالنسبة لضرورة أن يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة من قبل مقدمها، أن المهم ليس هو الاحتكار في حد ذاته، وإنما هو وجود الموجب في مركز يسمح له بوضع شروط مسبقة للتعاقد، وفرضها على من يريد إبرام العقد من دون مناقشة أو تعديل، ويستوي بعد ذلك أن يكون الموجب في وضعية احتكار أو غيره، فإذا ما وجد الموجب في وضع قانوني أو فعلي يمكنه من إلقاء إرادته، وفرض التعاقد بالصورة التي يراها ووفق الشروط التي يضعها، دفعه ذلك إلى استغلال الوضع في صالحه، ومن ثم يصوغ شروطاً تعسفية على من وجه إليهم الإيجاب، والذين يقبلون بها لانعدام أو ضعف البديل الملائم الموجود لديهم.

كما أن الاحتكار ليس معناه بالضرورة الإنفراد، وإنما يكفي أن تكون المنافسة محدودة وغير متاحة إلا لقلّة من الأشخاص، لأنه، وإن أمكن نظرياً لكل فرد أن يدخل مجال الإنتاج والمنافسة، فإن ذلك غير متاح له من الناحية العملية، نظراً لما يحتاجه الأمر من رأس مال كبير وخبرة ودراية وأشياء أخرى ربما من الصعب توافرها إلا عند قلّة قليلة من الناس.

والمنافسة وإن كانت نظرياً حرة وغير مقيدة، إلا أنها عملياً ليست كذلك، ولعل عقد التأمين يقدم لنا مثلاً على ذلك، فليس ثمة احتكار قانوني أو فعلي لممارسة نشاط التأمين، لكنها في الوقت ذاته منافسة محدودة ضيقة النطاق تمارسها ثلّة من شركات التأمين، وعلى الرغم من أن من يقدم خدمة التأمين - هنا - ليست شركة واحدة تحتكر تقديمها، وإنما هناك شركات تتنافس لا شك في ذلك، لكن ليس كل شخص قادر من الناحية العملية على ممارسة عمليات التأمين، وإن كان ليس هناك ما يمنعه نظرياً، ومع ذلك؛ فالإجماع منعقد على أن عقد التأمين من عقود الإذعان⁵².

كما أنه وبالنسبة لضرورة السلعة أو الخدمة، فيرى هذا الاتجاه⁵³ أنها يجب أن تكون مرنة بحسب الزمان والمكان، ناهيك على أن الحاجات الشخصية تختلف الضرورة إليها من شخص لآخر؛

فكتاب قد يكون ضروريا لطالب العلم وبحاجة ماسة إليه، قد لا يرى فيه أحدهم غير ورق يصلح لحمل الفول أو الفستق، ومن أجل ذلك فمن الأفضل ترك تقدير الحاجة أو الضرورة لقاضي الموضوع باعتبارها من مسائل الواقع.

أي أنه؛ وبعبارة أوجز، ليس بالضرورة أن يتوافر كل من الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلعة أو الخدمة، وليس لازما أن تكون هذه السلعة أو تلك الخدمة ضرورية بصفة موضوعية كالماء، أو الكهرباء، أو الغاز مثلا، لأننا في عصر تختلف فيه الضروريات عن العصر الذي سبقه، وربما ستختلف عن العصر الذي سيليه.

وعلى ما تقدم غيرت المبادئ القانونية المعاصرة في مفهوم عقد الإذعان⁵⁴، فلم يعد هذا العقد اليوم محصورا في العقود التي تتوفر فيها الشروط السابقة، وإنما يتسع ليشمل كل حالة يتم فيها إعداد شروط العقد من قبل أحد الطرفين بشكل مسبق، ليتم إبرام العقد على أساسها على نحو متكرر مع كل من يريد التعاقد مع هذا الطرف، فقد قلصت المبادئ القانونية الحديثة الشروط اللازم توافرها ليعتبر العقد إذعانا إلى شرط واحد فقط، وهو أن الطرف القوي في العقد يقوم مسبقا بإعداد شروط العقد و يحدد التزامات الأطراف وحقوقهم، ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا توقيع هذا العقد دون الحق في مناقشته أو تعديله، وعلى ما تقدم جاء تعريف الفقه المعاصر تماشيا مع رؤية النظرية الحديثة لهذا العقد؛ فعرف عندهم وببساطة بأنه : " ذلك العقد الذي يستقل فيه أحد الطرفين، وهو الموجب، بوضع شروط لا يقبل أن يناقشه فيها الطرف الآخر".⁵⁵

ولقد عرف المشرع الجزائري بدوره عقد الإذعان وفق ما ذهبت إليه المبادئ القانونية الحديثة، وذلك في المادة 70 مدني بقوله : " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررّة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".⁵⁶

وهذا النص، وإن كان لم يعرف عقد الإذعان، إلا أنه أبرز جوهره، فهو إذن ذلك العقد الذي لا تسبقه مناقشة أو مفاوضة، وإنما يقدم أحد الأشخاص عرضا يستقل فيه بوضع أحكامه، ولا يقبل ممن وجه إليهم العرض تعديله أو حتى مناقشة بنوده، وعلى من يرغب في التعاقد منهم، أن يقبله كما هو أو يرفضه، ولا يقبل منه الموجب إضافة فيه أو حذفاً.⁵⁷

ولم يكتف المشرع الجزائري في تعريفه و تنظيمه لعقد الإذعان بتلك النصوص العامة، وإنما تطرق إليه بموجب نصوص خاصة؛ فعرفه في الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون 02-04

الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بأنه: " كل اتفاق أو عقد يهدف إلى بيع سلعة أو تقديم خدمة، حرر مسبقا وبالإرادة المنفردة لأحد أطراف الاتفاق بحيث يدعن له الطرف الآخر من دون أن يكون بإمكانه تعديله أو إحداث تغيير حقيقي فيه ".⁵⁸

كما أن المادة الأولى الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية تنص على أنه: " يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 4/3 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 والمذكور أعلاه كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاقية مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن إحداث تغيير حقيقي فيه".⁵⁸

وحسنا فعل المشرع الجزائري، حيث أن هذه النصوص تقدم تعريفات واضحة لعقد الإذعان وفق ما ذهب إلى النظرية الحديثة، كما أنها ركزت على الخصائص الأساسية لهذا العقد، وهي أنه عقد مستقل الموجب بوضعه، بإرادته المنفردة وبصورة مسبقة، يضمنه بنودا أو شروطا، ولا يقبل مناقشتها أو تعديلها.⁵⁹

وتجب الإشارة إلى أن البعض⁶⁰ اعتبر العقد الإلكتروني عقد إذعان بالنسبة للمستهلك، باعتباره الطرف الضعيف دائما، وأنه بحاجة إلى الحماية، وذلك برفع مظاهر الإجحاف التي قد يتعرض لها، والمتمثلة خاصة في الشروط التعسفية، ذلك أن الإيجاب في عقود التجارة الإلكترونية يتضمن شروط العقد ككل، ولا يخول للمستهلك إلا القبول المذعن إذا أراد التعاقد، كما أن هذا الإيجاب يعد عاما دائما، بحيث يثبت إلى جمهور غير محدد، وتتم صياغته في شكل نموذج يتطرق فيه إلى مسائل فنية دقيقة قد تفتقر للوضوح، وإن كانت واضحة ففهمها غير ميسر للمستهلك العادي، وحيث يدعن المستهلك الإلكتروني لتلك الشروط دون أن يملك تعديلها، مما يوجد اختلالا عقديا بين طرفي العقد، و يستند هذا الرأي في سبيل تعزيز موقفه أيضا إلى نص المادة 132 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993 والتي اعتبرت من قبيل التعسف الشروط التي تنشئ من حيث موضوعها أو الآثار المترتبة عليها، اختلالا عقديا مبناه عدم توازن الحقوق والالتزامات، ضد مصلحة المستهلك، وبما يحقق مصلحة المهني، وأنه؛ أي نص المادة، قابلا للتطبيق بصرف النظر عن شكل العقد أو الوسيط الذي يتم من خلاله⁶¹ ... مما يعني انطباقه على العقد الإلكتروني.

وتتضمن عقود الإذعان طائفة كبيرة من العقود التي نشهدها في حياتنا اليومية، حتى أنه يمكن القول بأنها تمثل أغلبها، والتي يمكن أن نمثل لها بعقود الكهرباء والغاز والمياه وخدمات البريد والاتصالات والهاتف الثابت و المحمول والتزود بخدمة الإنترنت⁶²، عقود بيع أو الترخيص باستعمال برامج الكمبيوتر، عقود النقل بوسائله المختلفة، عقود السير أو المرور في الطرق السيارة، عقود شركات التأمين والقروض الاستهلاكية، عقود العلاج في العيادات و المستشفيات العامة و الخاصة، عقود الإيجار لدى المؤسسات العامة أو الخاصة، وغير ذلك كثير بحيث قد يستعصى عده أو حصره.

المطلب الثاني: آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

هناك عدة وسائل أو آليات تستخدم من قبل الأنظمة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية وعقود الإذعان، تتمثل أهمها في : محاولة تحديد الشروط التعسفية، إلغاء الشروط التعسفية أو تعديلها و تفسير الشك لصالح الطرف المدعى في عقود الإذعان، وسنتطرق إلى آلية تحديد الشروط التعسفية في فرع أول، ثم إلى إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية وتفسير الشك لصالح الطرف المدعى في فرع ثان.

الفرع الأول: تحديد الشروط التعسفية.

تتمثل هذه الآلية في وضع قائمة تتضمن الشروط التي تعتبر تعسفية، و تنقسم هذه القائمة إلى نوعين، قائمة تشريعية، وهي تلك التي يحدد فيها المشرع شروطا تعسفية ويعتبرها باطلة بنصوص أمرة، أما الثانية، فهي القائمة غير التشريعية، وهي قائمة استرشادية تتضمن توصيات، تعدها لجنة إدارية منشأة لهذا الغرض.

أولاً: أسلوب القائمة التشريعية.

لم يتأخر المشرع الجزائري، بل بادر باعتماد هذا الأسلوب، رغبة منه في حماية مصالح المستهلك وحفظ حقوقه، وذلك بموجب القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، في الفصل الخامس المعنون بالممارسات التعاقدية التعسفية، حيث تنص المادة 29 منه على أنه : " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- 1- أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك./2-
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى

أراد.3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.5- إلزام المستهلك بتنفيذ إلتزاماته دون أن يلزم نفسه بها.6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالتزام أو عدة إلتزامات في ذمته.7- التفرد بتغيير آجال تسليم المنتج أو آجال تنفيذ الخدمة.

8 - تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

كما تضيف المادة 30 من نفس القانون أنه: " يهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التعسفية".

وتطبقا لذلك، نصت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306-06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية على أنه: " تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي :

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 أعلاه، /- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك، /- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض، /- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته، /- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده، /- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد، /- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، /- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك، /- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض

التنفيذ الاجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق، /- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته، /- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته "

هذه الطريقة اتبعها القانون الفرنسي أيضا، فقد نصت المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أنه: " يتم تحديد الشروط التعسفية من خلال مرسوم يصدر عن مجلس الدولة، ويتم التعامل معها على أنها شروط تعسفية".

بمقتضى هذا النص خول مجلس الدولة سلطة إصدار قرارات بهذه الشروط، والتي تعد بعد ذلك جزءا من التشريع وتعامل معاملته؛ إذ يخاطب بها القاضي مباشرة، ويجب عليه كلما صادفها أن يحكم ببطلانها لمخالفتها لقواعد أمرة، هذا وقد صدر مرسوم في فرنسا بتاريخ 1978/3/24 تضمن ثلاث شروط تعسفية وهي:

(أ) الشروط التي تقرر إعفاء أو تخفيف مسؤولية البائع المهني، فيما عدا العقود التي يكون محلها تأدية خدمة معينة.

(ب) الشروط التي تخول للمهني الحق في تعديل مكونات السلعة المطلوبة، دون موافقة المتعاقد معه.

(ج) شروط الضمان العقدي التي تنص على وجوب الضمان القانوني للعيوب الخفية المنصوص عليها في المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي.⁶³

ولما لم تتحقق الحماية المرجوة من خلال إصدار مجلس الدولة الفرنسي لمراسيم أمرة بحظر أو تقييد الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، اعتمد قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر عام 1988 في المادة التاسعة منه على وسيلة أكثر جدوى، تتمثل في إنشاء دعوى قضائية يطلق عليها اسم " دعوى حذف " هدفها حذف الشروط التعسفية من العقود النمطية المعروضة على جمهور المستهلكين، ومنح جمعيات حماية المستهلكين الحق في نشر هذه الدعوى بموجب المادة 1-421 L من تقنين الاستهلاك الفرنسي، وبموجب هذا النص يحق لجمعية حماية المستهلك طلب حذف الشروط التعسفية، وفرض غرامة تهديدية إن لزم الأمر، وكان من المفترض أن يوفر هذا الأسلوب حماية فعالة ضد هذه الشروط، إلا أن الواقع العملي كشف أن تلك الجمعيات لا تزال مترددة في رفع دعوى الحذف، وهذا الذي جعل جانب من الفقه الفرنسي ينادي بإصدار قائمة تعدادية تحصر الشروط التعسفية مثل ما هو معمول به في تشريعات أوروبية أخرى.⁶⁴

ورغم ذلك؛ فإن أسلوب تحديد الشروط التعسفية من قبل المشرع واعتبارها باطلة بنصوص أمرة، هو أسلوب جد فعال في حماية المستهلك في مواجهة مثل هذه الشروط، ذلك أن القاضي لن يجد أي حرج في الاستجابة للمستهلك الذي يطلب إبطال أو تعديل الشرط لكونه تعسفيا فقط، حتى وإن لم تتوفر في العقد وصف الإذعان، مما يسمح بهذه الحماية أن تمتد إلى العقود الإلكترونية أيضا.

ثانيا: أسلوب القائمة الاسترشادية.

رغبة منه في تنويع أساليب وآليات الحماية من الشروط التعسفية، نص المشرع في المادة 06 من المرسوم التنفيذي الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية على إنشاء لجنة للشروط التعسفية، وهي جهاز يهدف إلى مكافحة الشروط التعسفية، تتشكل من قضاة وممثلين عن الإدارة وقانونيين وممثلين عن جمعيات حماية المستهلك وكذا من مهنيين، وهي لجنة ذات اختصاص استشاري، مهمتها إصدار توصيات بإلغاء أو تعديل ما تراه تعسفيا من الشروط وترفعها إلى وزير التجارة، وتقوم هذه اللجنة بمهامها بناء على طلب من وزير التجارة، أو بطلب من جمعيات المستهلكين أو بطلب من المهنيين المعنيين بالشروط التعسفية، كما لها أن تقوم بذلك من تلقاء نفسها.

يتركز دور اللجنة في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وهذا ما يتجلى في المهام والاختصاصات الممنوحة لها، هذه المهام تتمثل في تقديم الآراء والاقتراحات في شكل توصيات ترفع إلى وزير التجارة؛ حيث أنها تبحث كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين؛ أي عقود الإذعان، والبنود ذات الطابع التعسفي؛ فإذا ما وجدت أن تلك العقود تحتوي بنودا تعسفية تطبقا للمعيار المبين بالمادة 3 من القانون 04-02 وهو أن يكون من شأن الشرط الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد؛ فإنها تقوم بإصدار اقتراحات بحذف أو تعديل تلك الشروط⁶⁵.

أما عن القوة الإلزامية لهذه التوصيات؛ فإن قراراتها - كما هو واضح - عبارة عن مجرد توصيات غير ملزمة، هذا ورغم أن البعض قد قلل من أهمية الدور الذي تلعبه اللجنة في مكافحة الشروط التعسفية، لغياب عنصر الإلزام في قراراتها؛ إذ لا تعدو أن تكون مجرد وسيلة ضغط معنوي على المهنيين وآراء يستأنس بها القضاء عند التعامل مع عقود الإذعان؛ فإن البعض الآخر وعلى رأسهم

الفقيه "جاستان" رأى أنها ساعدت القضاء الفرنسي في الفصل في النزاعات المتعلقة بفحص وبحث البنود التعسفية في العقود⁶⁶.

وبالنسبة للقانون الفرنسي؛ فقد نصت المادة 36 من القانون الصادر في 10/1 / 1978 بدورها على إنشاء لجنة للشروط التعسفية (La commission des clauses abusive) والتي تتشكل من قضاة، وممثلين عن الإدارة، وقانونيين، وممثلين عن جمعيات حماية المستهلك، وكذا من مهنيين، وهي لجنة ذات اختصاص استشاري، مهمتها إصدار توصيات بإلغاء أو تعديل ما تراه تعسفيا من الشروط وترفعها إلى مجلس الدولة، وتقوم هذه اللجنة بمهامها بناء على طلب من الوزير المسؤول عن الاستهلاك، أو بطلب من جمعيات المستهلكين، أو بطلب من المهنيين المعنيين بالشروط التعسفية، كما لها أن تقوم بذلك من تلقاء نفسها⁶⁷.

أما عن القيمة القانونية للتوصيات التي تصدر عنها، فهي تماثل نظيرتها الجزائية من حيث عدم الإلزام، ويمكن أن تكون توصياتها محل نشر بناء على رغبتها أو بطلب من الوزير المسؤول عن الاستهلاك، غير أنه ولكي تعتبر توصياتها ملزمة يجب أن يصدر بها قرار من مجلس الدولة وفق ما نصت عليه المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

كما نصت المادة 3/132 على قائمة استرشادية ملحقه بقانون الاستهلاك، تتضمن الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية، يستأنس بها القاضي عندما يفحص شرطا ما من حيث كونه تعسفيا دون أن يكون مقيدا بها، وهي على العموم الشروط التي يكون هدفها أو من أثارها ما يلي :

أ- استبعاد أو تخفيف مسؤولية المني عن الأضرار الناتجة عن وفاة أو إصابة المستهلك من جراء عدم تحذير المني له من الاستعمال المعيب للسلعة / ب- استبعاد أو تحديد الحقوق القانونية للمستهلك بطريقة غير مقبولة لصالح طرف آخر في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من جانب المني لأحد التزاماته التعاقدية ويشمل ذلك المقاصة بين دين للمني ودين ينشأ في مواجهته/ج- النص في العقد على التزام يقع على عاتق المستهلك في حين أن واجبات المني المتعاقد معه يتوقف تنفيذها على الإرادة المنفردة لهذا الأخير / د - السماح للمني بالاحتفاظ بالمبالغ التي دفعها المستهلك الذي عدل عن إبرام أو تنفيذ العقد، دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض من المني يعادل المبلغ الذي دفعه المستهلك، إذا كان هو الذي عدل عن التعاقد.⁶⁸

ويمكن ملاحظة أن المشرع الأردني قد تبنى هذا الأسلوب من خلال مشروع قانون حماية المستهلك، خاصة فيما يعرف بالعقود النمطية⁶⁹، حيث أسند لوزير الصناعة والتجارة أن يشكل لجنة تسمى << لجنة الشروط المجحفة في العقود النمطية >> مهمتها دراسة وفحص هذا النوع من عقود في مجالات الاستهلاك المختلفة، ومن ثم إصدار التوصيات بما يعد مجحفا منها في حق المستهلك، وجاء في الفقرة "ج" من المادة (36) من مشروع قانون حماية المستهلك الأردني أنه : " يقوم الوزير بنشر توصيات اللجنة وتبليغها إلى الجهات ذات العلاقة بها لمراعاتها عند إعداد صيغ العقود النمطية"⁷⁰.

الفرع الثاني : إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية وتفسير الشك لصالح الطرف المذعن.

أولا : إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية.

تتمثل هذه الوسيلة في منح القاضي سلطة إعفاء الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من الشروط التعسفية أو تعديلها بما يرفع عنه الإجحاف الذي لحقه جراء تلك الشروط.

والأصل أنه لا يجوز للقاضي في غير الحالات التي ينص عليها القانون أن يغير شيئا في العقد تعديلا أو إلغاء في غير الحالات التي ينص عليها القانون صراحة، ومن الحالات التي خول فيها للقاضي ذلك، حالة الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان⁷¹.

ولقد منحت الكثير من التشريعات المقارنة هذه السلطة للقاضي، إذ نص المشرع في المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه : " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

كما نصت المادة 204 من القانون المدني الأردني على أنه : " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

ونص المشرع المصري أيضا في المادة 149 مدني على أنه : " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

لكنه ولكي يتم إعفاء الطرف الضعيف المذعن من الشروط التعسفية أو التعديل في محتواها يجب أن يتوافر ما يلي :

1- تكييف العقد محل النزاع بأنه عقد إذعان وليس مساومة.

2- الوقوف على الشروط المدرجة في العقد وفحصها؛ ذلك أن هناك فرقا بين كون العقد عقد إذعان وبين تضمينه شروطا تعسفية، لأنه ليس حتما أن يتضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يجب أن يتولى القاضي فحص كل شرط على حدة، لأنه ليس حتما أيضا أن تكون كل شروط العقد تعسفية.

وتضيف تشريعات أخرى شرطا ثالثا، وهو أن يطلب المستهلك بنفسه إلغاء الشروط التعسفية أو إحداث تعديل فيها، ومن ذلك نص المادة 81 من القانون المدني الكويتي⁷² على أنه: " إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي، بناء على طلب الطرف المذعن، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إحجافها، أو يعفيه كلية منها لو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقا لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وهذا يعني أنه ليس للقاضي وفق القانون الكويتي أن يتصدى لهذه الشروط بالإلغاء أو حتى التعديل من تلقاء نفسه، تطبيقا لقاعدة أنه لا يجوز للقاضي المدني الحكم بأكثر مما طلب منه.

وعلى العموم، إذا خلص القاضي إلى كون العقد عقد إذعان ووقف على شروط تعسفية، فإن له الخيرة بما يتمتع من سلطة تقديرية في هذا الشأن، بين تعديل الشرط أو إلغائه تماما وإعفاء المستهلك منه.

غير أنه، ليس للقاضي إذا ما انتهى إلى وجود شرط تعسفي أن يرفض تعديله أو إلغائه، وإن فعل يكون قد خالف القانون وقد يتعرض حكمه للطعن بالنقض على أساس مخالفته للقانون أو الخطأ في تطبيقه⁷³.

ورغم ما تقدم، فإن منح القاضي حق إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية يعد من السلطات الخطيرة التي خولت له، إذ يتجاوز هذا في الواقع ما منحه القانون في العادة من صلاحيات تنحصر في تطبيق القانون وتفسيره، ويعد تدخله هذا في حقيقة الأمر استثناءا وقيدا على مبدأ سلطان الإرادة، ولكنه قيد مبرر في هذا المقام؛ إذ تقاطعت طريقه مع مقتضيات العدالة وما تتطلب من إنصاف

للمظلوم وإزالة المفسدة، فلا يكون للقاضي غير ذلك، وعلى كل حال فإنه اتجاه تشريعي محمود؛ إذ به يكون المشرع قد خطى خطوة حسنة في سبيل توفير الحماية الفعالة للطرف الضعيف عموما وللمستهلك خصوصا، والذي يعد المتضرر الأكبر من عقود الإذعان ذات الشروط التعسفية؛ فعقود الاستهلاك هي في الغالب عقود إذعان، سواء كان التعاقد تقليديا أو من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة خاصة منها الانترنت.⁷⁴

وإمعانا منه في الحماية، نص المشرع الجزائري على بطلان كل اتفاق من شأنه منع إلغاء الشروط التعسفية أو تعديلها، ذلك أنه إذا تضمن العقد ما يشير إلى عدم إعمال هذا الحكم أو عدم اللجوء إلى القضاء للتخلص من الشرط التعسفي أو تعديله، كان هذا الاتفاق باطلا مطلقا وفق ما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني الجزائري⁷⁵، وذلك غلقا للباب أمام الطرف القوي النافذ لمحاولة الالتفاف على حكم القانون وإفراغ الحماية التي وفرها للطرف الضعيف من محتواها.

ثانيا : تفسير الشك لصالح الطرف المذعن في عقود الإذعان.

قد تشوب العقود عبارات، أو ألفاظ، أو صيغ مبهمة، أو غامضة، أو متناقضة، أو تحمل أكثر من معنى، مما يجعلها مستعصية عن الفهم، وقد يكون ذلك في عقود الإذعان مقصودا من قبل واضعها، ففي كل الأحوال يستدعي ذلك تفسيرها من قبل القاضي وفك كنهها، وهي مهمة من صميم مهامه، وله أيضا سلطة تقديرية في التفسير كونه قاضي الموضوع، ورغم ذلك فالقاضي مقيد بقيدتين اثنتين، الأولى عدم الانحراف عن المعنى الواضح لعبارات وألفاظ العقد، وهو قيد رسمته المادة 1/111 من القانون المدني الجزائري بقولها : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين..."⁷⁶.

فإن فعل رغم ذلك كان حكمه معرضا للنقض.⁷⁷

القيد الثاني، وهو يتعلق بكيفية أو طريقة التفسير، وهو ضرورة أن يستقصي القاضي النية المشتركة للمتعاقدين من خلال وقائع وظروف التعاقد، وهو قيد رسمته المادة 111 من القانون المدني الجزائري بقولها : " إذا كانت عبارة العقد...

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفق العرف الجاري في المعاملات".⁷⁸

ذلك أن القصد هو من الأمور الخفية الداخلية التي تكون حبيسة نية المتعاقدين والتي لا يمكن للقاضي فك كنهها إلا بالاعتماد على الألفاظ والعبارات والصيغ التي أفرغ المتعاقدان قصدهم فيها، وفي سبيل ذلك، له أن يستهدي بطبيعة العقد وما جرى عليه العرف في المعاملات المماثلة، وما يجب أن يسود من أمانة وثقة بين المتعاقدين.

فإذا ما بقي هناك شك بعد ذلك حول القصد الحقيقي من الألفاظ والعبارات؛ فالقاضي ملزم بأن يفسر ذلك الشك في مصلحة المدين، وفق ما قرره المادة 112/1 من القانون المدني الجزائري بقولها: " يؤول الشك في مصلحة المدين ..."⁷⁹.

والمقصود بالمدين هنا، ليس المدين في العقد كله، وإنما المدين بحسب الشرط المراد تفسيره، فالمدين في عقد القرض الاستهلاكي مثلا هو المستهلك المقترض، و مع ذلك قد يكون هو الدائن في الشرط المراد تفسيره.

غير أن المشرع قد خرج على هذا الحكم العام، وهو تفسير الشك لمصلحة المدين، و قرر حكما آخر وهو وجوب أن يؤول الشك في عقود الإذعان في مصلحة الطرف المدعن، دائنا كان أم مدينا، وذلك ما نصت عليه المادة 112 من القانون المدني الجزائري بقولها: " يؤول الشك في مصلحة المدين.

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن"⁸⁰.

فإذا احتمل الشرط معنيين، فلا يجوز للقاضي إلا أن يأخذ بأصلحهما للمدعن، حتى لو كان دائنا في الموضوع المراد تفسيره⁸¹، وهذا حماية له باعتباره الطرف الأضعف، الذي دفعته الحاجة لكي يكون طرفا في عقد إذعان، كما أن تبرير ذلك في مواجهة معد العقد، يكمن في أنه هو من يستفرد بصياغة عقد الإذعان، ويجد لنفسه من الوقت والخبرة والإمكانية ما يتيح له تفادي الإبهام والغموض في العقود التي يضعها، فإن لم يقدّر بذلك فلا يلومن إلا نفسه إذا ما حمل تبعه ذلك.

و في تفسير عقود التجارة الإلكترونية يمكن أن تلعب الوسائط الإلكترونية التي تمت الدعاية والإعلان عن السلعة أو الخدمة عبرها؛ كشبكة الإنترنت مثلا، دورا مهما في تفسير العقود المبرمة مع المستهلكين؛ لذا فإنه من الضروري اعتبارها من الوثائق المكملة للعقود التي يتم إبرامها، وذلك لكي تكون مرجعا عند الخلاف حول تفسير العقد؛ لذلك السبب تنص قوانين التجارة الإلكترونية على ضرورة حفظ الوسائط التي تمت الدعاية والإعلان بمقتضاها.⁸²

خاتمة:

تناولت هذه الدراسة موضوع حماية المستهلك من الشروط التعسفية، والتي تنشأ بسبب التعسف الذي يمارسه المهني عند وضعها؛ إذ يتولى إعدادها مسبقا، ولا يقبل أن تكون محلا للمناقشة بينه وبين المستهلك؛ فهي شروط مجحفة، يترتب عليها اختلال في العلاقة التعاقدية لصالح المهني، وتؤدي هذه الشروط إلى انتهاك حقوق المستهلك ومصالحه المادية والمعنوية، وهي عادة ما ترد في عقود الإذعان، لكنها قد تتواجد في عقود المساومة أيضا، كما درسنا في هذا الموضوع مفهوم المستهلك من جهة، وبحثنا في هذه الشروط؛ كما وتطرقنا إلى آليات الحماية منها من جهة ثانية.

وختاما وصلنا إلى عدة نتائج وبعض التوصيات نوجزها فيما يلي:

أولا: النتائج.

- أن المشرع تبني المفهوم الضيق للمستهلك، سواء أكان ذلك في قانون حماية المستهلك أو في قانون التجارة الإلكترونية، وحسنا فعل في نظرنا، لأن المهني، وإن تعاقد بعيدا عن تخصصه، فإن قواعد القانون المدني والتجاري كفيلة بحمايته.

- إن المشرع الجزائري مقارنة بكل التشريعات العربية قد كان رائدا في مجال التشريع للمستهلك، وإفراده بنصوص حامية خاصة، كما أنه اعتمد في هذا الموضوع بالذات عدة آليات لمكافحة الشروط التعسفية، حيث منح للقاضي سلطة تعديلها أو حتى إلغائها في عقود الإذعان، وجمع أيضا بين أسلوب القائمة التشريعية، وأسلوب القائمة الاسترشادية التي تعدها لجنة الشروط التعسفية، وهذا منحى محمود سلكه المشرع الجزائري.

- أن كثيرا من التشريعات الحديثة قامت بتعريف كل من الشروط التعسفية وعقد الإذعان، وذلك رغم أن القانون ليس من وظائفه وضع التعاريف، وهذا إن دل على شيء، فإنه يدل على أهمية موضوعي الشروط التعسفية وعقود الإذعان، وعلى الاهتمام التشريعي للذات حظيا به.

- أن التشريعات الحديثة قامت بالتخفيف من شروط اعتبار الشرط تعسفيا؛ حيث أسقطت كل من المعيار الاقتصادي (القوة أو النفوذ الاقتصادي) والمعيار القانوني (الميزة المجحفة أو الفاحشة)؛ إذ أصبح الأمر يقتصر فقط على وجود إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

- بالنسبة لعقد الإذعان أيضا، لم تعد التشريعات الحديثة تشترط وجوب توافر الشروط التقليدية المعروفة، والتي من أبرزها احتكار السلعة أو الخدمة، وأن تكون السلعة ضرورية وغير ذلك، وإنما يكفي لاعتباره كذلك، أن يكون أحد المتعاقدين قد أعد شروط العقد مسبقا بإرادته المنفردة، وفرضها على عملائه، من غير أن يقبل منهم مناقشة تلك الشروط، وهذا ما أخذ به التشريع الجزائري أيضا متأثرا بفلسفة النظرية الحديثة في تعريف عقد الإذعان.

- الأصل أن القاضي لا يملك أن يغير في العقد تعديلا أو إلغاء، تأسيسا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومن الحالات التي سمح فيها للقاضي بذلك، حالة الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان؛ إذ منح القاضي سلطة إعفاء الطرف الضعيف من الشروط التعسفية أو تعديلها بما يرفع عنه العسف الذي لحقه جراءها.

- إمعانا منه في الحماية، نص المشرع الجزائري على بطلان كل اتفاق من شأنه منع إلغاء الشروط التعسفية أو تعديلها، ذلك أنه إذا تضمن العقد ما يشير إلى عدم إعمال هذا الحكم أو عدم إمكانية اللجوء إلى القضاء للتخلص منها أو تعديلها، كان هذا الاتفاق باطلا مطلقا.

- الأصل أن يفسر الشك لمصلحة المدين، غير أن المشرع خرج على هذا الأصل بالنسبة لعقود الإذعان، وقرر حكما آخر وهو وجوب أن يؤول الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن، دائما كان أم مدينا، وهو ما يبرز الاهتمام البالغ بهذه العقود ومنع أن تكون وسيلة لانتهاك حقوق الطرف الضعيف في العقد.

ثانيا: التوصيات.

- نرى بأنه من الضروري تحديد مفهوم المستهلك بدقة، من خلال تعريف واحد ووحيد في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، يكون مرجعا لكل القوانين الأخرى ذات الصلة، وأن يتناول كل من المستهلك التقليدي والإلكتروني على حد سواء، مع تفادي تكرار تعريف المستهلك في عدة قوانين وبصيغ مختلفة.

- نوصي بضرورة التشريع ومنح المستهلك الحق في العدول عن عقود الإذعان التي تحتوي شروطا تعسفية، وذلك كآلية إضافية لمكافحة هذه الشروط، على أن يكون ذلك بشروط وفي آجال محددة.

- رغم أهمية التشريع في مجال حماية المستهلك وقمع الغش، إلا أنه لا يكف وحده، وإنما يجب أن يرافقه الجانب التوعوي للمستهلك، والذي عليه أن يعرف حقوقه، ويسعى لتحصيلها، وهو الدور الذي ينتظر من جمعيات حماية المستهلك أن تلعبه بمعية وسائل الإعلام أيضا، تكريسا لحق المستهلك في المعرفة والتثقيف.

- هذا، ولا بد أن نذكر فكرة جد مهمة في نظرنا، وهي ضرورة أن نرشد استهلاكنا، وأن لا نشترى إلا للحاجة وبقدر تلك الحاجة، وألا نتسرع في التعاقد من غير تروي أو تفكير، فالوقاية دوما خير من العلاج كما تقول الحكمة.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا – القوانين:

- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.
- القانون رقم 04- 02 المؤرخ في 6/23 / 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15/8 / 2010 ، ج رقم 46 مؤرخة في 18/8/2010.
- القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 .
- القانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق 10/05/ 2018 المتضمن قانون التجارة الالكترونية.
- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980.
- القانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري.
- القانون المدني الأردني ، 43/1976، الجريدة الرسمية 2645/1976-8-1.
- التوجيه الأوروبي رقم 13 الصادر في 5 افريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين.
- القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام المستهلك وحمايته من الشروط التعسفية.
- المرسوم التنفيذي 90 – 39 الصادر سنة 1990 المؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.

- المرسوم التنفيذي رقم 97-37 مؤرخ في 5 رمضان 1417 الموافق 14 يناير 1997، الجريدة الرسمية العدد 4، الصادرة في 15/1/1997 المتضمن كيفية صناعة مواد التنظيف.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08 – 44 مؤرخ في 26 محرم عام 1429 الموافق 3 فبراير سنة 2008 .

ثانيا- الكتب:

- أحمد عبد القادر سليمان، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دائرة المكتبة الوطنية، الأردن، 2009.
- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني – دراسة مقارنة – دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005
- خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام، دون ناشر، القاهرة، 1999.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح أحكام القانون المدني الجديد (نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام) دون ناشر، سنة، دون بلد نشر، 1952.
- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، 1990
- عبد الفتاح بيومي حجازي ، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى ، 2008.
- محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007.
- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، 1978.
- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، مكتبة السنهوري منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بغداد، 2012

- Michel Vivant, les contrats du commerce électronique, litec, paris, 1999.

ثالثا: المذكرات والأطروحات العلمية:

- مساعد زيد عبدالله المطيري، الحماية المدنية للمستهلك في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2007.

- ضاري تمران طلاق الشمري، حماية المستهلك في العقود الإلكترونية- دراسة مقارنة – رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، 2009.
- عبد الله ذيب، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني - دراسة مقارنة – رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009.
- فاطمة الزهرة بن طالب، دور العلامة التجارية في حماية المستهلك - دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 2011.
- نضال سليم إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، دون تاريخ مناقشة.

رابعاً – الدوريات

- مناصرية حنان، تأصيل مدلول المستهلك الالكتروني تشريعاً قضاءً فقهاً دراسة مقارنة، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، العام الثالث، العدد 22، فبراير 2018.
- روشو عبد القادر، الحماية القانونية للمستهلك الالكتروني في ظل التشريع الجزائري، مجلة شعاع للدراسات الاقتصادية، جامعة تيسمسيلت، المجلد 06، العدد : 02 ، 2022.
- زوطاط نصيرة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة مستغانم، المجلد 7، العدد 1، سنة 2019.
- غازي خالد أبو عرابي، حماية رضاء المستهلك (دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني) بحث غير منشور.
- مسكين حنان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة سعيدة، العدد 09 ، ديسمبر 2017.

خامساً- المواقع الالكترونية:

- منير البصري وأحمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، بحث منشور على : [http:// www. droitcivil.over-blog.com](http://www.droitcivil.over-blog.com) تاريخ الاطلاع: 2012 /12/12 على الساعة: 13:00.

الهوامش

¹ لقد فضلنا استعمال هذا المصطلح دون غيره، للإشارة إلى الطرف الثاني في عقد الاستهلاك، و الذي يقابل المستهلك، لأن الدراسة مقارنة في مقام أول، كما أن المشرع الجزائري في الحقيقة، قد أسهب في تنوع المصطلحات التي نعت بها المهني، فلدينا المحترف في المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتضمن ضمان المنتجات والخدمات، ولدينا العون الاقتصادي في القانون 04-02 من قانون القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ولدينا المتدخل في القانون 09 - 03 لحماية المستهلك وقمع الغش، أما بالنسبة للمرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية؛ فلدينا، الأعوان الاقتصاديين، ولكن المشرع ذكر أيضا المتعاملين الاقتصاديين عندما أورد تشكيلة لجنة الشروط التعسفية، وعندما عدل تشكيلة هذه اللجنة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08 - 44 المؤرخ في 3 فبراير سنة 2008؛ فقد أورد مصطلح " متعاملان اقتصاديان "، وكل هذا التنوع في نظرنا لا فائدة منه، بل هو قد يصعب من فهم القوانين وتيسيرها للجميع، مما لا يخدم مسعى تقريب العدالة من المواطن.

² مناصرة حنان، تأصيل مدلول المستهلك الإلكتروني تشريعا قضاء فقها دراسة مقارنة، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، العام الثالث، العدد 22، فبراير 2018، ص 104.

³ عبد الله ذيب، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 15.

⁴ فاطمة الزهرة بن طالب، دور العلامة التجارية في حماية المستهلك - دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 2011، ص 19.

⁵ محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007، ص 78.

⁶ حكم صادر بجلسة 15/4/1982.

⁷ وكانت محكمة الاستئناف قد قضت برفض هذا الدفع في حكمها الصادر بجلسة 10/1/1980، ثم أيدتها في ذلك محكمة النقض، كما قررت الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية في 28 أبريل سنة 1987 أيضا قبول تطبيق النصوص التي تحمي المتعاقد من الشروط التعسفية لمصلحة شركة تأجير للعقارات، و قتما أبرمت عقدا كان مضمونه إنشاء نظام للإنذار في الأماكن التي تؤجرها لنشاطها المهني، وقد سببت المحكمة حكمها على أن الشركة في هذه الحالة، و على الرغم من أنها تباشر نشاطها المهني، إلا أن تركيب أجهزة الإنذار بمناسبة أداؤها لنشاطها يعد خارجا بالضرورة عن اختصاصها المهني الدقيق، ومن ثم تكون الشركة ساعة تعاقدتها على ذلك في حالة جهالة بسبب أن الشروط المدرجة في العقد المعني والتي تتضمن معرفة و دقة فنية، وعليه فالشركة في هذه الحالة تتمثل وفكرة المستهلك قليل الخبرة، أورده: ضاري تمران طلاق الشمري، ا حماية المستهلك في العقود الإلكترونية- دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، 2009، ص 10.

⁸ ضاري تمران طلاق الشمري، نفس المرجع، ص 9 و 10، أنظر أمثلة أخرى: خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 25 و 32 وأيضا: أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 65.

⁹ القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام المستهلك وحمايته من الشروط التعسفية.

¹⁰ فاطمة الزهرة بن طالب، دور العلامة التجارية في حماية المستهلك - دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 2011، ص 20.

¹¹ عبد الله ذيب، المرجع السابق، ص 15.

¹² فاطمة الزهرة بن طالب، مرجع سابق، ص 21.

¹³ أحمد عبد القادر، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دائرة المكتبة الوطنية، الأردن، 2009، ص 54.

¹⁴ فاطمة الزهرة بن طالب، مرجع سابق، ص 21.

¹⁵ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) مكتبة السنهوري منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بغداد، 2012، ص 22.

¹⁶ كما رفضت تطبيق المادة 132 من تقنين الاستهلاك في الدعوى التي كان محلها عقد بيع لشجيرات التفاح بين المشتل وزارع هذه الشجيرات، ويبدو أن المزراع هنا – في رأي هذا القضاء – لا يستحق حماية قانونية من خلال تقنين الاستهلاك، لأن وجود الحماية القانونية -حسب قوله – شيء، أما تطبيقها الآلي بلا تبصر وعلى كل المستهلكين؛ فشيء آخر، ينبغي أن يتحدد في نطاق المستهلكين المعتدى على حقوقهم بإفراط، حكم صادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 24 نوفمبر من سنة 1993، للمزيد من الأمثلة راجع : فاطمة الزهرة بن طالب، المرجع السابق، ص 36 و 37.

¹⁷ ووقائع القضية أن شركة متخصصة في صنع الأواني الزجاجية رفعت دعوى قضائية ضد المؤسسة المتعهد بتوريد المياه، حيث اشتعلت النيران في الشركة بسبب صب مادة منصهرة لإناء زجاجي في حالة الذوبان، ولم تفلح الشركة في مقاومة النيران بسبب انقطاع المياه، وكان عقد توريد المياه يتضمن شرطاً يعفي المتعهد من كل مسؤولية؛ فدفع المتعهد الدعوى على أساس وجود شرط الإعفاء من المسؤولية المدرج في العقد؛ فتمسكت الشركة بحقها في رفع الدعوى وطالب بإبطال هذا الشرط التعسفي بوصفها مستهلكاً، ووفقاً لمعيار العلاقة أو الإسناد المباشر رفضت محكمة النقض الفرنسية اعتبار هذا المهني مستهلكاً بالنسبة لعقد توريد المياه الخاصة بمحلته التجاري، ورفضت تطبيق المادة 1/132 من قانون الاستهلاك للمنظمة للشروط التعسفية على هذا العقد لوجود صلة مباشرة بين العقد ونشاط التاجر، وجاء في تسييب هذا الحكم بأن ثمة رابطة تفرق بين عقد التوريد والمهنة التي تمارسها هذه الشركة، ذلك أن الشركة وهي في نطاق ممارستها العادية لنشاطها الصناعي تستهلك كميات كبيرة من المياه، ذكره : ضاري تمران طلاق الشمري، مرجع سابق، ص 10.

¹⁸ Les dispositions de l' article L.132 – 1 du code de la consommation, relatif aux clauses abusives, ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité= professionnelle exercée par le cocontractant " Cass.civ, 1^{ère}, ch., 5mars 2002, bull. I, n 78, p 60, disponible sur: www. legifrance.gouv. fr. 2009

¹⁹ عبد الله ذيب، مرجع سابق، ص 15.

²⁰ أنظر تفصيل ذلك: خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 17 و 18 وأيضاً : ضاري تمران طلاق الشمري، المرجع السابق، ص 10، وأيضاً : فاطمة الزهرة بن طالب، المرجع السابق، ص 13.

²¹ فاطمة الزهرة بن طالب، المرجع السابق نفسه، ص 12.

²² منير البصري وأحمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية على موقع: <http://www.droitcivil.Over-blog.com> بتاريخ: 12/12/2012 على الساعة: 13:00.

²³ فاطمة الزهرة بن طالب، مرجع سابق، ص 12.

²⁴ مساعد زيد عبدالله المطيري، الحماية المدنية للمستهلك في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، 2007، ص 33.

²⁵ نقول هذا الكلام لأن كل المراجع العربية التي اطلعت عليها والتي يتحدث فيها أصحابها في دراساتهم المقارنة عن موضوع حماية المستهلك في القوانين العربية، لم تأت على ذكر النصوص القانونية الخاصة بحماية المستهلك في القانون الجزائري، بل أن جلمهم، إن لم نقل كلهم، يظنون أن حماية المستهلك في الجزائر تنظمه نصوص القانون المدني، وهذا أقل ما يمكن القول عنه أنه تقصير من الشراح العرب في معرفة الواقع القانوني الجزائري والمطلوب منهم تداركه.

²⁶ المؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.

²⁷ القانون رقم 04-02 المؤرخ في 6/23 / 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية . المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15/8/2010 ، ج رقم 46 مؤرخة في 18/8/2010.

²⁸ القانون رقم 03-09 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

²⁹ يجب التنويه إلى أن المشرع الجزائري بموجب المادة 21 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش قد اعترف لجمعية حماية المستهلك بالمنفعة العمومية، كما أنه مكّنها من الاستفادة من المساعدة القضائية بنص المادة 22 من نفس القانون. ومنحها أيضاً حق التقاضي، وأن تتأسس كطرف مدني لمصلحة المستهلك الذي يتعرض إلى أضرار.

³⁰ القانون رقم 05-18 مؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق 10/05/2018.

³¹ روشو عبد القادر، الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني في ظل التشريع الجزائري، مجلة شعاع للدراسات الاقتصادية،

جامعة تيسمسيلت، المجلد 06/ العدد : 02 ، 2022 ، ص 460.

³² أحمد عبد القادر سليمان، مرجع سابق، ص 5.

³³ المادة 35 من الفصل الرابع المعنون بحماية المستهلك من الشروط التعسفية من القانون المتعلق بالإعلام بالسلع والخدمات وحماية المستهلكين ، رقم 10 لسنة 1978.

³⁴ مساعد زيد عبدالله المطيرى، مرجع سابق، ص 346.

³⁵ أنظر في ذلك ضاري تمران طلاق الشمري، مرجع سابق، ص 30 و 31.

³⁶ Cass.civ, 1^{ère} ch. 25 /6/1989, bull, civ, 1989, p. 28 no 43

³⁷ Loi n° 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives.

³⁸ أنظر في ذلك : البصري وأحمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 3 و 5.

³⁹ عبد الله ذيب عبد الله محمود، مرجع سابق، ص 72

⁴⁰ عبد الله ذيب عبد الله محمود، المرجع نفسه، ص 72

⁴¹ التوجيه الأوروبي رقم 13 الصادر في 5 أفريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين.

⁴² المادة 5/3 من القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، سبق التعريف به.

⁴³ إن هذا النص يختلف عن النص الذي يقابله باللغة الفرنسية من حيث الدقة والوضوح، فالنص باللغة الفرنسية كما يلي:

” toute clause ou condition qui a elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au contrat ”

وأقترح أن يكون النص باللغة العربية كما يلي : " كل بند أو شرط يأتي متفردا أو تصحبه بنود أو شروط أخرى ويحدث اختلالا

واضحاً في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد."

⁴⁴ مساعد زيد عبدالله المطيرى، مرجع سابق، ص 347

⁴⁵ البصري وأحمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 5

⁴⁶ نضال سليم إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 118.

⁴⁷ وكما هو معلوم، فلقد ثار خلاف فقهي حاد في فرنسا وانتقل إلى غيرها من الدول حول ما إذا كان عقد الإذعان عقد يخضع لأحكام العقود بوجه عام مثل غيره من العقود أو أنه غير ذلك؛ أي نكران وإسقاط الصفة العقدية عنه، ولقد رأى الفقه الغالب

أن الرأي قد استقر الآن على أن عقود الإذعان هي عقود حقيقية كغيرها من العقود، لأن القابل وإن كان لا يملك فيها حرية

المساومة؛ فإنه على الأقل يملك حرية عدم التعاقد، ذلك أن العقد عموماً لا يستلزم لوجوده أن تكون هناك مساواة من حيث

إمكانية مناقشة شروطه، وهذا الاتجاه هو الذي يؤيده أغلب الفقه والذي ناصره القضاء دوماً، أنظر في ذلك تفصيلاً : محمد

المرسى زهرة، مرجع سابق، ص 141 و 142 و مساعد زيد عبدالله المطيرى، مرجع سابق، ص 337 و 338

⁴⁸ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح أحكام القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام) دون ناشر، سنة 1952 ، ص 230.

⁴⁹ راجع في ذلك مثلاً : محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة،

الطبعة الثالثة، 1978 ، بند 47 ، ص 89 ، عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار

النهضة العربية، 1990، بند 176 ، ص 246 ، سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، دون ناشر، 1999 ، بند 34 ، ص 42

وغيرهم.

⁵⁰ نضال سليم إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 116

⁵¹ أنظر في تفصيل ذلك : محمد المرسى زهرة، مرجع سابق، ص 149 وما بعدها.

⁵² البصري وأحمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق ، ص 7 .

⁵³ أنظر في ذلك : مساعد زيد عبدالله المطيرى، مرجع سابق، ص 344 ، وأنظر عكس ذلك : نفس المرجع، ص 343.

⁵⁴ أنظر: عبد الله ذيب عبد الله محمود، مرجع سابق ، ص 70

⁵⁵ مساعد زيد عبدالله المطيرى، مرجع سابق ، ص 337

⁵⁶ وتنص المادة 104 من القانون المدني الأردني على أنه : " القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها." ، وبدورها نصت المادة 100 من القانون المدني المصري أنه : " القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها . "

⁵⁷ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 140 و141

⁵⁸ المرسوم التنفيذي رقم 306-06 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08 - 44 مؤرخ في 26 محرم عام 1429 الموافق 3 فبراير سنة 2008 .

⁵⁹ د غازي خالد أبو عرابي، حماية رضاء المستهلك - دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني- بحث غير منشور، ص16.

⁶⁰ أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص 190، 191 و192

⁶¹ " Ses disposition sont applicables quelques soient la forme ou le support du contrat "

⁶² ويسمى أيضا عقد الدخول إلى الشبكة "le contrat d'accès au reseau" : وهو عقد يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بتمكين العميل من الدخول إلى الانترنت وذلك بإتاحة الوسائل التي تمكنه من ذلك ، وأهمها برنامج الإتصال الذي يحقق الربط بين جهاز الحاسوب والشبكة، والقيام ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل الزبون الجديد، وذلك مقابل إلزام الزبون بدفع رسوم الاشتراك. وهو عقد إذعان يقبل فيه الزبون عرض المزود بخدمة الأنترنت (le fournisseur d'accès) كما هو أو يرفضه ، أنظر :

Michel Vivant, les contrats du commerce électronique, litec, paris, 1999, no 8, p13

⁶³ مساعد زيد عبدالله المطيري، مرجع سابق ، ص 358

⁶⁴ د غازي خالد أبو عرابي، حماية رضاء المستهلك، مرجع سابق ، ص 17

⁶⁵ زوطاط نصيرة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة مستغانم، المجلد 7، العدد 1، سنة 2019 ، ص 33 .

⁶⁶ مسكين حنان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة سعيدة، العدد 09 ، ديسمبر 2017 ، ص 65.

⁶⁷ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 134 و135 ، وأنظر أيضا البصري و أحمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 3 و5.

⁶⁸ مساعد زيد عبدالله المطيري، مرجع سابق، ص 361 ، وأنظر أيضا : عبد الله ذيب عبد الله محمود، مرجع سابق، ص 74.

⁶⁹ ولقد عرفت المادة 36 من المشروع بأنها العقود التي تعد مسبقا من قبل المزود (المحترف) للتعاقد مع أطراف متعددة غير محددة واشترط أن تكتب باللغة العربية وأن تبين فيها وبخط واضح العناصر الجوهرية للتعاقد.

⁷⁰ وفي هذا المقام يتساءل الدكتور خالد أبو عرابي عن مدى إلزامية هذه التوصيات ؟ حيث يرى أنها لا تعد أن تكون مجرد إجراءات إدارية لا توفر حماية حقيقية للمستهلك في مواجهة هذه العقود، ويرى أنه كان من الأولى منح هذه الصلاحية لجمعيات حماية المستهلك لكي تتولى المطالبة القضائية بحذف الشروط التعسفية، د غازي خالد أبو عرابي، حماية رضاء المستهلك، مرجع سابق، ص 17

⁷¹ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 153

⁷² القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980.

⁷³ مساعد زيد عبدالله المطيري، مرجع سابق، ص 370.

⁷⁴ أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص 191.

⁷⁵ المادة 204 من القانون المدني الأردني، المادة 149 من القانون المدني المصري والمادة 81 مدني كويتي.

⁷⁶ ونصت المادة 1/239 من القانون المدني الأردني بقولها : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين...".

كما نصت المادة 1/150 من القانون المدني المصري على أنه : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الأنحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين..."

ونفس الحكم بالنسبة للمادة 1/ 193 من القانون المدني الكويتي بنصها على أنه : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين..."⁷⁷

⁷⁷ مساعد زيد عبدالله المطيري، مرجع سابق، ص 372 و373.

⁷⁸ ونص القانون المدني الأردني على ذلك في المادة 2/139 أيضا بقوله : " أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات.

ونفس الحكم نجده في المادة 150 من القانون المدني المصري التي نصها : " ... فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفق العرف الجاري في المعاملات."

كما نصت المادة 2/193 من القانون المدني الكويتي بأنه : " ... فإذا كان هناك محل لتفسير، فإنه يجب تقصي النية المشتركة للمتعاقدین من مجموع وقائعه وظروف إبرامه، دون الوقوف على مجرد معاني ألفاظه أو عباراته، ومع الاستهداء بطبيعة التعامل والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن نية وشرف التعامل."

⁷⁹ وهو أيضا ما نصت عليه المادة 240 من القانون المدني الأردني بقولها: " يفسر الشك في مصلحة المدين..."

ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدّعن." والمادة 2/151 مدني مصري بدورها نصت : " ومع ذلك لا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدّعن."

كذلك المادة 82 كويتي : " في عقود الإذعان يفسر الشك دائما في مصلحة الطرف المدّعن."

⁸⁰ ونفس الحكم أوردته المادة 240 من القانون المدني الأردني بقولها : " يفسر الشك في مصلحة المدين.

ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدّعن."

⁸¹ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 156.

⁸² عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 54 وأنظر أيضا : أحمد عبد القادر سليمان، مرجع سابق، ص، 107.