عقود الإذعان و حماية المستهلك

Contracts of adhesion and consumer protection

تاريخ الاستلام : 2019/07/16 ؛ تاريخ القبول :2019/09/07

* يمينة بليمان

أستاذة محاضرة قسم(أ)
كلية الحقوق
جامعة الإخوة منتوري
قسنطينة

ملخص

الأصل أن يكون للمتعاقدين، الحرية التامة في مناقشة شروط العقد على قدم المساوات، و يتم تحديد مضمون العقد بصفة متوازن بين الطرفين دون الخضوع لحاجة ملحة أو ضرورة، ويترك لكل متعاقد الحق في أن يقبل أفضل الشروط بالنسبة اليه. غير أنه توجد عقود لا تخضع لهذه القاعدة، حيث يستقل أحد المتعاقدين بوضع شروطه مسبقا و املائها على المتعاقد الأخر، و لا يكون لهذا الأخير سوى أن يقبلها كلها أو أن يرفضها كلها، وهنا يعتبر القبول مجرد تسليم بالشروط الموضوعة مقدما دون مناقشة، هذا ما يطلق عليه في القواعد العامة بعقد الاذعان، وأصبح يمثل الطريقة العادية لتعاقد في عقد الاستهلاك و أغلبها عقود محررة مسبقا.

الكلمات المفتاحية: عقد الإذعان، عقد الإستهلاك، حماية المستهلك، الشروط التعسفية.

Abstract

Initially the contractors have the flexibility to discuss the terms of the contract on equal terms, and to define the subject matter of the contract in a balanced manner between the two parties without constraint..... And leave every contractor the right to have the best conditions in his favor. However, there are contracts which are not covered by these rules, only one of the contractors dominates and lays down its conditions beforehand, and dictates them to the other contractor, and remains to the latter only to accept all the conditions laid down, or to deny them completely, in this case consent and considered to be simply to let go, and to abdicate to the advanced conditions without discussion, what is called in the general rules, contracts of accession, and becomes the procedure more common to enter into consumer contracts, and the majority of pre-drafted contracts.

Keywords: membership contracts, consumer contracts, consumer protection, unfair terms.

Résumé

Initialement les contractants ont toute latitude pour discuter les conditions du contrat à pied d'égalité, et définir l'objet du contrat de façon équilibrée entre les deux parties sans contrainte. Et laisser à chaque contractant le droit d'avoir les meilleures conditions à sa faveur. Cependant il y a des contrats qui échappent à ces règles, seulement un des contractants domine et pose préalablement ses conditions, et les dictées à l'autre contractant, et ne reste à ce dernier qu'accepter toutes les conditions posées, ou bien les renier totalement, dans ce cas le consentement et considéré comme simple laisser faire , et abdiquer au conditions avancées sans discussion, ce qu'on appelle dans les règles générales, les contrats d'adhésions, et devient le procédé le plus ordinaire de contracter dans les contrats de consommations, et la majorités des contrats prérédigés.

Mots clés: contrats d'adhésions, contrats de consommations, protection du consommateur, les clauses abusives.

* Corresponding author, e-mail: belimane.yamina@umc.edu.dz

© جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر 2019.

المقدمة:

ان ارتقاء التعاقد يتلاءم مع البحث عن تدبير يجعل من العقد الصورة المعتدلة البديلة عن القانون. التفاوض في العقد يجب أن يكون مبنيا على حسن النية، و يحقق رغبة الأطراف مع مراعاة المصلحة العامة التي يطلبها القانون، أي المفاوضة في العقد و عدم التفاوض في القانون، ان تحولات المجتمع في أواخر القرن التاسع عشر أدت الى الحد من مبدأ سلطان الارادة، و أنقصت من ارادة الطرف الضعيف في تحديد مضمون العقد، مما أدى الى نشوء عقد الإذعان كنتيجة لحرية التجارة و الصناعة التي أدت الى الحد من حرية التعاقد و من نتائجها اتساع دائرة عقود الاذعان.معظم العقود ذات الأهمية بالنسبة للمستهلكين هي اليوم عقود اذعان. استخدام العقود النماذج و غياب المفاوضات هما النتائج المفروض لتركيز سلطات القرار في الانتاج و التوزيع و العلاقات العقدية الكثيفة.، و تكرارها و السرعة الضرورية لإبرامها، و تدخل التابعين أي (المتدخل مثلما نص عليه المشرع الجزائري في قانون رقم 03-09) المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش الذين ليست لهم أي سلطة قرار، في التوزيع العصري للأموال و الخدمات، لتفادي المفاوضات التي يمكن أن تأدي الى تعديل النماذج المحررة مسبقا، و هذا التنظيم يصلح أيضا للحد من المخاطر التي يتوخى محررها تأمينها، و قياسها، و هذه النوعية من العقود لا غنى عنها في إدارة المقاولات. حيث يسهل الانضمام الى العقد باستعمال نصوص مطبوعة تبدو غير قابلة لتعديل، و سرعت تدخل النظام الآلي(الحاسوب) أدى الى تجريد العلاقات العقدية. و هو غير مؤهل لمعالجة المعطيات غير الموجودة في برنامجه، حتى عندما يستطيع القيام بحوار، لا يقبل أي مناقشة.

ان قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المبنية على أساس حرية التعاقد أصبحت تعاني صعوبات كبيرة ناتجة عن التطور الصناعي و التكنولوجي، التي أوجبت أنه لا بد أن يتوافق العقد معها، و كذلك كان من المرغوب فيه استبعاد المسؤولية الناتجة عن التأخر في التنفيذ، مثلا في شراء المساكن بناءا على التصاميم أو شراء السيارات، و كذلك تنوع المواد المصنعة و الخدمات المقدمة للمستهلك قد أدت الى اتساع مسؤولية المؤسسات سواء كانت صناعية أو مؤدية لخدمات أدى الى تدهور الحرية التعاقدية، أي مبدأ سلطان الارادة أي(المذهب الفردي)، هذا أدى بالمشرع لمنع شروط معينة في العقد و ادخال شروط الزامية و ترتيب الأثار على مخالفتها.

وقد حاول القضاة حماية مبدأ سلطان الارادة و ما ينطوي عليه من امتيازات لطرفي العقد. و قد استفادت بعض العقود سواء كانت عامة أو خاصة و من بينها عقد الاذعان كوسيلة لإعداد عقود محررة مسبقا و خلق قانون مستقل لتنظيمها مثال: عقد التأمين- عقد النقل بالإضافة الى عدم وجود نصوص قانونية في التقنين المدني و التجاري، هذا ما أدى بالطرف القوي الى وضع شروط تخرج عن نطاق هذين القانونين مما أدى الى نشوء عقد الاذعان. و قد أدى التطور القانوني لبعض العقود الى تطوير أسلوبها و قد كان من نتائجها قبول بعض الشروط الموحدة في عقود معينة ذات طبيعة معينة. و لدراسةهذا الموضوع قسمته الى ثلاثة محاور خصصة المحور الأول لدراسة ماهية

عقد الاذعان نشأته و تعريفه و كذلك تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد و محاولة ايجاد نقاط التشابه مع عقد الاستهلاك مع تطبيق القواعد العامة للعقد عليه ،و مقارنتها بالقواعد الخاصة ، مع توضيح أهميته . أما المحور الثاني تناولة فيه الإذعان في ابرام العقد وركزت فيه على الرضا في العقد لكن باذعان و ليس بتطابق الايجاب و القبول أي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي أصبح لا يعطي للمتعاقدين حق تطبيق هذا المبدأ. أما المحور الثالث فقد خصصته لدراسة كيفية اعادة التوازن في العقد من خلال طرح امكانية تعديل الشروط التعسفية أو ابعادها و تطبيقها على عقود الاستهلاك حتي يتمكن القاضي من التدخل و ضمان المسواة بين المتعاقدين.

المحورالأول: ماهية عقد الاذعان

طبقا لنص المادة55 قانون مدني جزائري" يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا" هذا هو المبدأ العام غير أن معظم العقود ذات أهمية بالنسبة للمستهلك هي اليوم عقود اذعان، و نقصد بها العقود التي يفرض محتواها مسبقا من قبل أحد الطرفين على الأخر الذي يكتفي بإعطاء انضمامه. و هذا النوع من العقود بالنسبة للمستهلك، الطريقة العادية لعقد اتفاقا له أهمية، فعقود التأمين، التعاملات البنكية، البيع، خاصة البيع بناءا على التصاميم، البيع الا جاري، تقديم الخدمات الصحية من المصحات الخاصة، ووكالات السفر أو الفنادق، و عقد تنظيف الملابس، و اجار السيارات، عقود العمل، هي بصورة أعم عقود اذعان. و لدراسة هذا المحور قسمته لعدة نقاط لنتمكن من معرفة عقد الاذعان و توضيح التشايه بينه و بين عقد الاستهلاك حت نتمكن من اجاد حلول قانونية تمكننا من حماية المستهلك، تطرقة في النقطة الأولى الى نشأت عقد الإذعان لتبرير خروج المشرع عن القواعد العامة في العقد محاولة منه لحماية طرفيه، أإما النقطة الثانية تتناول التعريف و هو أهم الشيء بالنسبة لرجال القانون حتى نتمكن من معلافة النصوص القانونية الواجبة التطبيق، بعدها تعرضت لخائص هذا العقد لتميزه عن العقود الأخرى، و في أخر هذا المحور كان لازما تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد.

أولا: نشأت عقد الاذعان

لقد نشأ عقد الاذعان أو (عقد الانضمام) نتيجة التطور الاقتصادي خاصتا بعد الثورة الصناعي و احتكار انتاج بعض السلع و الخدمات من طرف بعض المؤسسات العامة أو الخاصة، و كذلك انتهاج بعض الدول النظام الاشتراكي و من بينها الجزائر فكانت الدولة محتكرة لكثير من القطاعات. غير أن مفهوم الاحتكار تطورو لم يعد يخص الشركاتالكبرى فقط ، و كذلك استخدام عقود الاذعان كوسيلة لتسهيل تعامل المهنين مع المستهلكين. نتيجة الانتاج الكبير، وما استتبع ذلك من قيام مؤسسات خاصة و عامة ذات طابع صناعي و تجاري حيث أصبحت تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من ضروريات الحياة العصرية بالنسبة للمستهلك، و بالتالي استطاعت تلك المؤسسات القوية نتيجة لسلطتها أن تملي ارادتها و شروطها المعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها، دون أن يملكوا مناقشة هذه الشروط، فليس أمامها سوى الاذعان لطرف المحتكر، و الموافقة على شروطه دون مناقشة مما أدى بالاجتهاد الفقهي في منتصف القرن العشرين الى محاولة ايجاد حلول ملائمة لحماية الطرف

الضعيف في العقد و توجيه القضاء الى ايجاد حلول مما انعكس على التشريع فيما بعد، و تضاعف توسع عقد الاذعان، حيث أصبح التفاوض لا يمثل سوى المرحلة التي تسبق العقد دون أن تتدخل ارادة الطرفين في تحديد شروط انعقاد العقد و الأثار المترتبة عليه.[1] و لضهور الاذعان في عقود الاستهلاك عدة عوامل : اقتصادية، اجتماعية ، مادية، و أخير قانونية.

pothier ان ضهور عقد الاذعان كان بسبب شارح القانون الفرنسي القديم الفقيه"بوتييه"الذي أكد أن الفرد لا تقيده أي رابطة فله الحرية التامة في التعاقد و أن يقبل ما شاء من الشروط. اذن أساس العقد الارادة و هي مصدر الحقوق بين الأشخاص و عليه يكون أسمى من القانون، وقد نادى الفقه بالحماية الاجتماعية لطرف الضعيف في العقد عن طريق اقامة التوازن في العلاقة العقدية. و لدراسة هذا العقد لا بد من التعرض الى عوامل نشأته. من عوامل اقتصادية و اجتماعية و مادية و قانونية.

1/ العوامل الاقتصادية: ان التطور الصناعي الذي أتت به الرأس مالية قد سيطر على الأفراد و جعلهم يقبلون بالشروط التعسفية و المجحفة في العقود المبرمة بينهم، فعقد العمل كان يخضع لقانون العرض و الطلب، و غيرها من العقود، فكانت النتيجة أن التحولات الاقتصادية هي السبب في اختلال التوازن بين القوى التعاقدية و الحد من حرية الأفراد في تحديد شروط العقد.و عدم المساوات أدت بالعقد بدل أن يكون وسيلة تفاوض لحمية مصلحة المتعاقدين أضحى نظاما قانونيا تمليه الارادة المنفردة لطرف القوي في العقد أي المهني، و بتالي أصبح العقد مفروضا نتيجة عوامل اقتصادية. ان العقود التي تجريها الشركات الكبرى تدرج فيها الشروط التي تخدم مصلحتها الاقتصادية و هي عقود إذعان، تمكن هذه الشركات من التحكم في الجمهور بسلطتهم على السلع و الخدمات التي لا يمكنهم الاستغناء عنها. و من هنا أصبحت عقود الاذعان مصدرا للحقوق، و الاطار القانوني للعلاقات بين الشركات وزبائنهم ، فالقانون الاقتصادي هو محور العقود التي تجريها المؤسسات الاقتصادية، و من ثم فهو يوجه ايجابا عاما متماثلا يكون في خدمة الجمهور . و بالتالي فعقد الاذعان ليس الا تصرفا متميزا يقابل و يواجه عقود المساومة، فهو ينشأ التزمات متبادلة بين أطرافه الا أنه له فائدة عامة.[2]

2/ العوامل الاجتماعية: يعتبر عقد الاذعان العقد المقنن و المنظم للحياة الاجتماعية، و مثال ذلك الملكية المشترك، و تعايش داخل المدينة، فالطرف المذعن ليس له من الناحية التطبيقية أية مناقشة للعقد المركب و المعد مسبقا من طرف المذعن، فالانسان المعاصر أصبح يخشى الوحدة و يبحث عن الوحدة في المعاملة و عدم تفريقه عن الجماعة،و هذا بسبب القلق الدائم و الأخطار التي يتعرض لها، بجانب الأضرار المعنوية.

و هكذا يلجأ الفرد الى التكافل و التضامن الاجتماعي فيقوم بعقود مع شركات معين سبق لمعارفه التعامل معها مثل عقود التأمين ،النقل، السكن...الخ. [3]3/العوامل المادية: ان تكلفة اعداد العقود أدت بالمتعاقدين الى قبول العقود المطبوعة لسرعتها ، لما تقوم عليه الحيات المعاصرة من سرعة، خاصة في المجال التجاري و استعمال وسائل الاتصال الحديثة ، و نظرا لكثرة الانشغالات و تعدد مهامه لم يعد بإمكان المستهلك قراءة ما

يوجد من شروط مطبوعة، ناهيك عن تفحصها و المناقشة في شروطها. و في حلات أخرى قد تضاف الى الشروط المطبوعة مسبقا شروط مكتوبة أو مرقنه غير أن الغالب دائما هو الوجه النموذجي المطبوع. و بناءا عليه فان قواعد التسيير الحديثة تعتمد على الوسائل الميكانيكيةأو الالكترونية و بالتالي يجب أن تكون كل الشروط المرتبطة بأي عقد في نماذج، و هذا هو الاتجاه السائد في الحيات اليومية للمستهلك.

4/العوامل القانونية: ان مبدأ حرية التعاقد نتيجة التطور الصناعي و التجاري أصبح يعاني صعوبات كبيرة، التي تتطلب توافق العقد معها من السرعة في التنفيذ و تفادي التكاليف و غيرها، أضف الى ذلك التطور التكنولوجي و الآلي و اتساع المواد المصنعة أدت الى سرعت التبادل التجاري و كذلك التوزيع أدت الى اتساع مسؤولية المؤسسات سواء كانت صناعية أو مؤدية لخدمات. مما أدى الى التقليص من الحرية التعاقديةفي التشريع و ذلك بجعل شروط معينة الزامية ولا يجوز مخالفاتها.

لقد حافظ القضاء على حرية التعاقد تحت تأثير مبدأ سلطان الارادة، أما العقود المحررة مسبقا فهي نتيجة التطور التشريعي و تتماشى مع عقد الاذعان الذي يعتبر وليد الحرية القانونية. و يرى برليوز أنه" اذا كانت التحولات الاقتصادية قد و لدت عدم التوازن في العقد، فان الوسائل و النظريات القانونية قد خلقت عقود الإذعان، و هذا التحول لا يرجع الى طبيعة أطرافه، ولا الى طبيعة محله و انما الى طبيعة العقد ذاته"[4]

ثانيا: تعريف عقد الاذعان

عقد الاذعان من العقود التي لم يكن لها تعريف محدد بدقة سواء من قبل التشريع أو الفقه لاحتوائه على مبدأ "اللامساواة في القوة الاقتصادية" و هذه تطرح مشكلة تشريعية أن لا مساوات تتيح لأحد الفريقين أن يستبدل الواقع بالأحكام البديلة المدونة في القانون التجاري . و يعرف هذا العقد في جوهره أن يقبل أحد الطرفين اجماليا بشروط العقد بدون امكانية المناقشة، و بعبارة أخرى يتقلص اختيار الانضمام الى العقد الذي يفلت مضمونه عن ارادته. و هذا ما يتفق مع تعبير "اذعان" و هو تحرير أحادي الجانب لشروط العقد من قبل العارض.

1/ التعريف الفقهي

عقد الاذعان هو عقد نموذج له مدة محددة، و يحرر بشكل أحادي الجانب، أو هيئة تمثل مصالح أحد الفرقين .

عقد الاذعان من العقود التي لم يتفق الفقهاء و لا المشرعين على تعريف واحد، فالفقيه الفرنسي "ساليي" الذي يتفق جميع الفقهاء على أنه صاحب أول فكرة " عقد الاذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، و تملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة و تفرضها مسبقا و من جانب واحد ولا ينقصها سوى اذعان من يقبل قانونا العقد". و من قراءتنا لهذا التعريف نرى أنه ركز على الارادة المنفردة التي تملي قانون العقد على مجموعة غير محددة دون أن يتعرض الى موضوع العقد.

أما جورج برليوز فقد عرف عقد الاذعان" عقد حدد محتواه التعاقدي كليا أو جزئيا بصفة مجردة و عامة قبل فترة التعاقد" و هذا التعريف يتفق مع التعريف الأول غير أنه

أضاف التحديد المسبق لمحتوى العقد.[5]

و عرفه عبد المنعم فرج الصده عقد الاذعان" العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها، و ذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"[6]

حسب ما أورده الأستاذ عبد المنعم فرج الصده أن صاحب تسمية" عقد الاذعان " هو الأستاذ

التي أتى بها الفقيه سالي،contrat d'adhésion السنهوري، و هي أصح من التسمية الفرنسيةو التي معنها عقد الانضمام، لأن الاذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول ، و الانضمام أوسع دلالة من الاذعان، لأنه يشمل الاذعان وغيره من العقود التي ينضم اليها القابل دون مناقشة.[7]

من قراءتنا لهذه التعاريف نرى أنها تطرح لا مساواة بين طرفي العقد، غير أن اللامساواة ليست بالضرورة نتيجة احتكار أو نتيجة قوة اقتصادية ضخمة، كل مهني هو في وضع يمكنه من فرض شروطه العامة على زبائنه. ان عقد الاذعان أو الانضمام هو عقد أحادي الجانب يحرره أحد الطرفين بصورة أحادية الجانب . و من هنا يمكننا تعريف عقد الاذعان بأنه العقد الذي يتم القبول فيه على انشاء العقد و ليس على شروطه.

و يمكن كذلك تعريفه بأنه العقد الذي يحتوي على شروط يحددها الطرف القوي و هي غير تفاوضية.

2/ التعريف القانوني

ان النصوص التشريعية لم تتعرض لتعريف عقد الاذعان و تركت ذلك للفقه و يمكن ارجاع ذلك لتطور هذا النوع من العقود و اتساع دائرتها، رغم أن الأصل أن المشرع لا يعرف. غير أن التشريعات العربية تعرضت لعقد الاذعان، لكن دون أن تتعرض الى تعريفه، لكن أوردتع فقط كيفية حصول القبول فيها، فنصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه " يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها" و هي نفسها المادة 100من القانون المدني المصري، و نفس الشيء بالنسبة للمشرع السوري المادة 101 ، و المادة 172 من القانون ةالمدني اللبناني ، حيث أطلق عليه عقد موافقة و نفس الشيء بالنسبة لباقي المشرعين العرب، أما القضاء الفرنسي فقد استعمل مصطلح عقد الاذعان، و رغم هذا لا يمكننا الجزم بأن القضاء الفرنسي قدأوجد تعريفا موحد لعقد الاذعان.

أما الأستاذ محفوظ لعشب بن حامد فقد عرفه" عقد الاذعان هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة و يوجهها الى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام اليه، و يعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة".[8]

ثالثا: خصائص عقد الاذعان

ما يميز عقد الا ذعان عن غيره من العقود ، هو عدم وجود حوار مسبق أو مساوومة سواء من أحد أطرافه أو من الغير بل ان تحديد محتوى العقد و مضمونه أي شروطه كان بارادة مقصودة، و هذه الارادة المحددة لشروط العقد لا ينقصها سوى انضمام ارادة أخرى كي ترتب أثار قانونية .يتيح التحرير الأحادي الجانب لعقود الإذعان إدخال شروط مغايرة للقانون، لأن محرر عقد مطبق بشكل موحد على عديد كبير من المتعاقدين يمكنه من أن يدخل شروطا تخفف من التزامات المذعن و تثقل التزامات المتعاقد معه و مثال ذلك (يحدد البائع ثمن البيع حسب تعريفاته الخاصة بتاريخ التسليم، يحتفظ لنفسه بإمكانية تعديل خصائص الشيء دون تخفيض الثمن، يعفي نفسه من الضمان، كليا أو جزئيا، و النص على تمديد العقد أو فسخه دون الرجوع لطرف الأخر.وفي حالات معينة قد يساهم المنضم الى هذه العقود في وضع شروط العقد، الا أنه يبقى دائما في مركز التابع بالنسبة الى الموجب، و عليه فان الحماية من هاته العقود يتم حسب طبيعة كل عقد و لهذا لجأ المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي الى انشاء لجنة الشروط التعسفية. لحماية المستهلك من ضعف اعلامه و المامه بحتوى العقد و هذا ما يتميز به عقد الاذعان و من أهم خصائصه في رأينا هما، وضع شروط غير قابلة لتفاوض و هي في نفس الوقت محددة مسبقا.

1/شروط غير قابلة لتفاوض

يقصد به الطابع التنظيمي للعقد من جانب واحد أي بصفة منفردة، غير أن هذا النوع من العقود غير شخصي، لأنه يوجه بصفة عامة و ليس الى شخص معين بذات، و يوجد في شكل نمطي مفصل و يضم قائمة من الشروط غير قابلة للمناقشة.

2/ شروط محدد مسبقا

ينفرد الموجب بتحرير العقد نتيجة تمتعه بقوة اقتصادية، و مصدر هذه القوة عادة هو الاحتكار القانوني(مثل النقل بالسكك الحديدية، عقود الكهرباء و الغاز و المياه) أو الاحتكار الفعلي(عقد التأمين، عقد النقل البحري و الجوي، عقد بيع السيارات الجديدة). غير أن الراجح في الفقه القانوني، أن عقد الاذعان له ثلاثة خصائص تميزه عن غيره من العقود:

أ/ عندما يكون محل العقد سلعة أو خدمة من الضروريات بالنسبة للمستهلكين بصفة عامة أو المنتفعين بحيث لا يمكنهم الاستغناء عنها دون أن يلحقهم أذى أو مشقة.

ب/ أن تكون السلع أو الخدمة أي المرفق محتكرة (من جانب الموجب) سواء كان احتكارا قانونيا أو فعليا أو وجود منافسة محدودة النطاق بشأنها. و هذه الخاصية ناتجة عن عدم المساواة الاقتصادية و الاجتماعية بين المهني و الطرف الضعيف. لأن الموجب باحتكاره لسلعة أو خدمة ملزم بالاستجابة ، ولا يحق له أن يرفض القبول الا لسبب مشروع و الا كان رفضه تعسفا في استعمال الحق. فاذا كان من حق الموجب كقاعدة عامة أن يرفض التعاقد، الا أنه بالنسبة الى من يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي و يرفض التعاقد دون سبب مشروع .[9]

ج/أن يكون الايجاب صادر الى جمهور المستهلكين و بشروط متماثلة مطبوعة مسبقا و غير قابلة لنقاش، و غالبا ما تكون في صورة عقود مطبوعة تحتوي على شروط لمدة غير محدودة ، أي بصفة دائمة.[10] ومنه يمكن القول بأن لكل من القبول و الايجاب في عقد الاذعان خصائص بارزة. فالإيجاب يصدر من(المهني) الذي يتمتع بمركز اقتصادي قوي، أما القبول فيصدر من شخص (المستهلك) الطرف الضعيف، و هو مضطر لتعاقد لتلبية حاجياته.

رابعا: الطبيعة القانونية لعقد الاذعان

حتى نتمكن من حل المشاكل المترتبة عن أي عقد لابد من تحديد طبيعته القانونية، و قد انقسم الفقهاء الى فريقين لتحديد الطبيعة القانونية لعقود الاذعان. فمنهم من يرى أنها ليست عقود حقيقية و فريق أخر يرون أنها لا تختلف عن سائر العقود، و أساس هذا الاختلاف يرجع الى تطابق الارادتين أي هل يوجد فعلا اجاب و يقابله قبول؟ حيث يرى الدكتور عبد المنعم فرج الصده(أن الطريقة التي يتم بها اتفاق الارادتين في عقد الاذعان هي السبب في اختلاف الفقهاء فيما يتعلق بطبيعة العقد).

أما فقهاء القانون الفرنسي و على رأسهم الفقيه " سالي" الذي عرف هذا العقد بأنه عقد انضمام، نظرا لأن الآمر يقتصر على ايجاب محدد للسعر و مرفوق بشروط و نماذج مطبوعة مسبقا، و هي تقدم جملتا، اما أن يأخذها الزبون أو يدعها و غالبا ما يأخذها" أي يذعن لها و ينظم الى مجموع العقد" و هنا ينشأ عقد قد يكون من الصعب ادراجه في اطار العقود المبنية على حرية الارادة.

ان جمهور الفقهاء يفضلون تعبير عقد الاذعان على انتقاده، اذن ماهي الطبيعة القانونية لهذا العقد؟ فقهاء القانون الخاص يمنحونه الطبيعة التعاقدية لتطبيق قواعد القانون المدني عليه، و يرون أنه تصرفا من جانب واحد و هو ارادة الموجب و ليس ارادة المنضم الى العقد(المذعن) أي لا يتدخل في تحديد شروط العقد وبالتالي أثاره و هذا ما يحدث في أغلب عقود الاستهلاك، فإرادة المهني هي التي تحدد آثاره، لأن المنضم اليه لا يغير من طبيعته.

المحور الثاني :الإذعان في ابرام العقد

ينعقد العقد بتوافق الارادتين أي أن يقترن الايجاب بقبول مطابق له ، هذا الاجاب و ذلك القبول قد يصدر من متعاقدين يجمعهما مجلس العقد و قد يصدر من متعاقدين لا يجمعهما هذا المجلس و هذا هو التعاقد بين غائبين، و قد يتم التعاقد باستعمال الأنترانت أي ما يطلق عليه العالم الافتراضي و ينعقد العقد و يعتبر مجلس عقد افتراضي.الايجاب هو تعبير لازم بات عن ارادة شخص يتجه به الى شخص أخر يعرض عليه ابرام عقد معين بقصد الحصول على قبول هذا الأخير. فاذا تم القبول انعقد العقد. القبول لا يكفي الايجاب و حده لانعقاد العقد. بل لابد من وجود تعبير أخر يطابقه و هذا هو القبول ممن و جه اليه الإيجاب المقصود أن يرتضي الشخص الايجاب الذي و جه اليه بكل شروطه حتى يتم التوافق بين الايجاب الصادر من الموجب و القبول، و ذلك دون التفرقة بين ما يعتبرمن المسائل التفصيلية لشروط العقد وبين ما يعتبر من المسائل الجوهرية. طالما

أن الموجب قد عرض في ايجابه لشروط معينة. فيجب أن يقع القبول على كل شيئا دون تفرقة.حرية قبول الايجاب أو رفضه، اذا كان القبول يعتبر أمرا جوهريا حتى ينعقد العقد بعد اقتران القبول بالإجاب آلا أنه يكون لمن وجه إليه الايجاب كامل الحرية في قبوله أو رفضه، غير أن الحاجة لتلبية متطلبات الحيات العصرية تجبر المستهلك.
هذا النوع من العقود لا يوجد الا حيث يصدر الايجاب من متعاقد محتكر احتكارا فعليا أو قانونيا، شيئا يعد ضروريا للمستهلك و يصدر الاجاب الى الكافة دون تحديد شخص معين بشكل مستمر، و هو واحد بالنسبة للجميع و يكون مطبوعا، شروط العقد لا تناقش و تكون لمصلحة الموجب و في اغلب الأحيان تخفف من مسؤوليته التعاقدية.(11)
مثال عن عقود الاذعان عقد الكهرباء و الغاز، البريد، الهاتف، عقد النقل بالوسائل المختلفة، عقد التأمين، عقد النقل. و لدراسة هذا المحور وهو صلب الموضوع أحاول تسليط الضوء على الاذعان في العقد حتى أتمكن من تحديد نوعية عقود الاستهلاك و كيف يمكننا حماية المستهلك عند الانضمام الى هذا النوع من العقود، والتنظيم القانوني لأركان التعاقد في ظل الحماية الواجب توافرها للمستهلك، و كأحد موضوعي هذه الحماية في مرحلة إبرام العقد، و للإحاطة بهذه المرحلة قسمتها الى نقطتين أساسين الأول تناولت فيه الإيجاب و القبول في عقود الإذعان أما النقطة الثانية تناولة فيها الأثار المترتبة عن عقود الإذعان، وهذا بتفصيل مما يسمح للقارء للموضوع من فهمه.

أولا: الايجاب و القبول في عقود الاذعان

أساس العقد هو ارادة المتعاقد ، كيفما كان التعبير عنها حسبما نص عليه القانون، و هذا اذا فسرنا العقد بالمعنى العام الذي يشمل كل تصرف شرعي، أو هو توافق الارادتين مظهرهما الايجاب و القبول . ان الرضا في الأصل هو الارتياح الى العقد، ، و الرغبة فيه لكن الرضا في عقود الاستهلاك يتم لإنشاء العقد و ليس لتحديد شروطه مثلما هو متعارف عليه في القواعد العامة أي بقتضى نصوص القانون و العرف. ومنه سنحاول من خلال هذاالعنصر الذي خصصته لدراسة الاجاب و القبول في عقود الاذعان و اسقاط ذلك على عقود الاستهلاك.

1/ الإجاب في عقود الإذعان

هو اجاب معروض بشكل مستمر على الجميع و هو نموذج واحد، الايجاب في هذه العقود ملزم الى مدة أطول بكثير من المدة التي يكون الايجاب في العقود الأخرى، و هذا يعني أن الايجاب معروض بشكل مستمر، تكون شروط العقد محل اعتبار سواء كانت صريحة أو ضمنية.
كذلك الاجاب في عقود الاستهلاك هو ايجاب عام موجه الى جمهور المستهلكين، و ليس الى مجموعة معينة أو فرد محدد بشخصه. و الايجاب في هاته العقود يضم شروط موحدة، و هو دائم لأنه يلزم الموجب لمدة تطول كثيرا بالقياس بعقود المساومة" و أحيانا يكون الا يجاب مفروض على المهني في كثير من الحالات، لأنه محتكر لسلعة أو خدمة معينة تعتبر من ضروريات حياة المستهلكين. و من ثم فالمحتكر ملزم بعرض السلع و الخدمة و يقدمها لمن يطلبها من جمهور المستهلكين.
فاذا رفض الموجب القبول الصادر من المستهلك، بغير مبرر مقبول، كان رفضه عملا

غير مشروع(تعسف في استعمال الحق) و يسأل مسئولية تقصيرية أمام المستهلك. [12]

Contrat de gré à gré

2/القبول في عقد الاذعان

القبول في هذه العقود هو مجرد اذعان أي انضمام لشروط المعروضة من الموجب لأن الموجب يعرض ايجابه في شكل بات نهائي غير قابل لنقاش، و لا يملك الطرف الأخر إلا أن يأخذ أو يرفض، و هو لا يستطيع أن يرفض الشيء المتعاقد عليه لأنه لا غناء له عنه، فهو مضطر ، فاذا اقترن الا يجاب بالقبول يتم العقد و لا يجوز لأحد من التعاقدين الرجوع عنه الا برضاء الأخر و قد لا يتم العقد. و هذا الاذعان هو حال القبول في عقود الاستهلاك. مما دفع بالمشرعين و الجمعيات الى محاولة حماية الطرف الضعيف، دون النظر في القواعد القانونية التي تحتاج الى اعادة نظر بما يتماشى و احتياجات المجتمع الحالية ، لأنه ما كان يعتبر من الكماليات في و قت معين أصبح من الضروريات في عصرنا هذا، **يرى "سليمان مرقس"** في القبول في عقود الاذعان" مع أن الأصل في العقود حرية الارادة في اختيار ما تبرمه منها و حريتها في تنظيم آثارها، فان بعض الظروف قد تضطر أشخاصا معينين الى ابرام نوع معين من العقود دون أن يكون لهم اختيار في ابرامه أو عدمه أو في ترتيب أثاره بشكل أو بأخر"[13]

يعد القبول في مثل هذه العقود اذعانا لما يمليه الموجب، و لا يقصد أنه لا يعتبر رضا لكن القابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة و هذا ما يدعى بمرحلة التفاوض، كما يتم في باقي العقود. بل القابل للعقد لا يستطيع الا أن يأخذ أو يدع العقد، فاذا كان محل العقد من الأشياء الضرورية فهو مضطر الى الاذعان و القبول، فالرضا في مثل هذه العقود موجود لكنه غير نابع عن مبدأ حرية التعاقد، أي أنه مكره عليه و لا نقصد به الاكراه الذي يعيب الرضا في العقود الأخرى، فهو اكراه متصل بعوامل اقتصادية اكثر من اتصاله بعوامل نفسية.

يقصد بالإذعان الانضمام الى عقد معين دون مناقشة الشروط التي يضعها مصدر الايجاب. و قد أكد ذلك المشرع الجزائري في المادة 70 من التقنين المدني" يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها" و تقبلها المادة100 قانون مدني مصري" القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها". كذلك نصت المادة 110ق.ج.م. تقبلها المادة149مدني مصري" اذا تم العقد بطريقة الاذعان، و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يغفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

من قراءتنا لنصين، نفهم أن عقد الاذعان عبارة عن اتفاق بين طرفين الموجب الذي يقوم العقد ووضع الشروط التي يضمن بها مصالحه ولا يقبل التفاوض بشأنها أو مناقشته فيها،

بعقود الانضمامcontrats d'adhesion و هذا النوع من العقود هو الذي يطلق عليه الفقهاء الفرنسيين

لأن هذا النوع من العقود يتم بالانضمام اليه دون مناقشة و هذه التسمية ترجع الى الفقيه و أطلق عليها الأستاذ السنهوري بعقود الاذعان لوجود الطرف الصادر عنه القبول في حالة اضطرار أو حاجة.déclaration de volontésaleilles[14]

ثانيا: الأثار المترتبة عن عقود الاذعان

أثار عقود الاذعان متوقفة على تحديد طبيعة هته العقود، هل هي عقود حقيقية ملزمة بكل ما جاء فيها، و لا يجوز مخالفتها بالرغم من أن القبول فيها كان اذعانا، لكن السؤال المطروح؟ هل هذه العقود لها طبيعة خاصة تقتضي اخضاعها لقواعد غير القواعد المعروفة للعقود.[15]

1/عقد الاذعان له مركز قانوني منظم

الفقهاء **و على رأسهم" سالي "** ينكرون على عقود الاذعان طبيعتها التعاقدية، لأن العقد شريعة المتعاقدين أي تطابق الايجاب و القبول بحرية، أما القبول هنا فهو مجرد اذعان لا يصدر عن ارادة حرة،و تحدد التزامات هذا العقد من طرف واحد و ينظر اليه الى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضعت لتنظيميه.

عقد الاذعان عقد حقيقي: و يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقد الاذعان عقد حقيقي كغيره من العقود. لأن أغلبية العقود يتحقق فيها ما نراه في عقود الاذعان من اضطرار أحد الطرفين أو كليهما للتعاقد، فعدم التساوي بين المتعاقدين لا يمكن توقيفه بل هو أقل ضرر في عقود الاذعان منه في العقود الأخرى.

و يرى أصحاب هذا الرأي أن عقد الاذعان عقد حقيقي يتم بتوافق الارادتين و يخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود.

و مهما قيل أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الأخر، فهذا لا أثر له في طبيعة العقد، و لايجوز للقضاء التدخل لحماية الطرف الضعيف، ما دام لم يستغل و لا يتمكن القاضي من تفسير العقد كما يشاء بدعوى حماية الطرف الضعيف.

انما تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي، يتم بالوسيلة الاقتصادية، اما باجتماع المستهلكين و يقاومون التعسف من المحتكر أو الطرف القوي. أو باستخدام الوسيلة التشريعية، فيتدخل المشرع لا القاضي لينظم عقود الاذعان يضع لها حدودا يحمي بها الجانب الضعيف. من اضطرار أحد الطرفين أو كليهما للتعاقد، فعدم التساوي بين المتعاقدين لا يمكن توقيفه بل هو أقل ضرر في عقود الإذعان منه في العقود الأخرى. و تكون هذه الحماية واضحة لأن القضاة يختلفون في تفسير هذه العقود مما يؤدي الى عدم الاستقرار في المعاملات، مثل ما حصل في عقد التأمين، النقل البري.....

القضاء في فرنسا و مصر و غيرها من الدول لم يتأثر بالمذهب الأول و يرى عقود الاذعان هي عقود حقيقية تنشأ بتوافق الارادتين، و مع مراعات لشروط التعسفية.

في فرنسا يفسر هذا النهوض من العقود البحث في نية المتعاقدين و احترام شروط العقد، حتى لو كانت مطبوعة، متى تبين أن الطرف الأخر كان يعلم أو كان يمكنه أن يعلم بهذه الشروط و قت التعاقد، غير أنه سلك في حماية الجانب الضعيف طرقا مختلفة، عندما يرى الضرورة تدعو الى ذلك، فهو تارة يلتمس عيب في الرضا الصادر منه، غشا أو غلطا، دون أن يجعل الاذعان في مقام الاكراه، و تارة يبطل شروط تعسفية

تتناقض مع جوهر العقد باعتبار أنها مخالفة لنظام العام كما في شروط الاعفاء الاتفاقي من المسؤولية.
و قد يبطل شروط لم يكن للمتعاقد الوقوف عليها و قت التعاقد، أو هي تتنافا مع شروط أخرى تتطابق مع النية.

2/ مقارنة بين عقد الاذعان و عقد الاستهلاك

من حيث المساواة بين المتعاقدين: في عقد الاذعان و عقد الاستهلاك، لا توجد مساواة حقيقية بين أطراف العقد، غير أن اللامساواة ليست بالضرورة نتيجة احتكار و لا نتيجة قوة اقتصادية ضخمة غير أن كل مهني هو عموما في وضع يمكنه من فرض شروطه العامة على زبائنه، في اطار منافسة مشروعة.
- في هذا النوع من العقود يتم وضع شروطه مسبقا في عرض دائم و عام، ليس لشخص محدد بذاته، هذا نتيجة لتحرير العقد من جانب واحد. و عليه يمكن تعريف عقد الاذعان بأنه انضمام لعقد نموذجي محرر مسبقا من قبل أحد الطرفين بصورة أحادية الجانب و ينظم اليه الطرف الأخر بدون امكانية حقيقية لتعديله.
العقود النموذجية: من حيث الانتاج الضخم و التوزيع الكثيف تم فرض العقود النماذج و غياب المفاوضات و هما نتيجة حتمية لتركيز سلطات القرار في الانتاج و التوزيع و كثرة العلاقات العقدية، و كذلك السرعة في ابرامها، تدخل التابعين أو المتدخل مثلما أطلق عليه المشرع الجزائري في قانون09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الذين ليست لهم أي سلطة قرار. ولا يسمح الى أي تعديل من طرف التابعين الذين ليست لهم أي سلطة قرار.
- لتنظيم العقد يجب وضع الحد للمخاطر التي يتوخها محررها تأمينها و الى قياسها في أي حال و هذا عنصرا لا غنى عنه في ادارة المقاولات و بناء عليه يسهل الانضمام باستعمال نصوص مطبوعة أو عقود مطبوعة غير قابلة لتعديلها، و عليه لا يقبل أي منافسة في العقد حتى لو تم الحوار.
التحرير الأحادي الجانب للعقد: التحرير الأحادي لعقود الاذعان و أغلب عقود الاستهلاك يؤدي الى ادخال شروط مغايرة للقانون. كثرة الانتاج و التوزيع المكثف للبضائع و السلع و كذا الخدمات و السرعة في التعامل فرض استعمال عقود نماذج، أو العقود المحررة مسبقا، و التنظيم الأحاد الجانب هو مصدر لوضع شروط تكون دائما لمصلحة واضعها حيث أصدرت غرفة التجارة و الصناعة في باريس تقرير جاء فيه" يمكن لمحرر العقد و المطبق بشكل موحد على عدد كبير من المتعاقدين أن يتمكن من ادخال شروط تخفف من التزماته الخاصة و تثقل الجانب الأخر أي المتعاقد معه دون مقابل و من هذه الشروط: يحدد البائع ثمن المبيع ، تاريخ التسليم، يحتفظ لنفسه بامكانية تعديل خصائص الشيء المطلوب بدون تخفيض الثمن، يعفي نفسه من الضمان القانوني كليا أو جزئيا، المقصود هنا ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع، و ليس الضمان الاتفاقي. تاريخ التسليم يعطى بصفة اعلامية، لا يتعهد بأي تبعة هلاك أي يعفي نفسه من المسؤولية.[16]
النقل و التوريد على مسؤولية الشاري الوحيدة، كذلك النص على بنود جزائية قاسية

باتجاه واحد.
هذا يطرح اشكالية تشريعية اراد شروط للعقد مغايرة للقانون و جمعيات حماية المستهلك.
من المعروف أن الشروط التعسفية في عقود الاذعان تطرح اليوم في بلدان عديدة معضلة تشريعية خطيرة، حيث تقوم جمعيات حماية المستهلكين بحملة ضد الشروط المغايرة للقانون، و يتكاثر تدخل السلطات العامة، اضافتا الى ذلك أن هذه المسألة ليست جديدة.
الأمر هنا لا يتعلق بحماية المستهلكين فقط فالبنود التعسفية طالت في الغالب المهنيين و عقد الاذعان هو في الواقع نتيجة اللامساواة بين الفريقين، و حماية المستهلكين لا تقتصر على عقود الاذعان، غير أن تعامل المهنيين مع المستهلكين و ظهور هذا الأخير كطرف ضعيف يحتاج الى حماية أكد لنا أن الاعتقاد الذي كان سائد بأن النظرية القانونية لعقد الاذعان قد تقهقرت خاطئ فهي تعود من جديد.
- كذلك النص على شروط تمديد ضمني أو آلي تربط الزبون لمدة طويلة جدا بالمهني.
- بنود تحكمية أو بنود تغطي الصلاحية هي في صالح فريق واحد.
- اساءة استعمال هذه الحقوق في ابرام العقد، تكون خطيرة رغم وجود الرضا الظاهر لمن ينظم الى العقد مطابقا بكثرة شروط عامة ليس له علم حقيقي بها أو على معرفة. غالبا يأتي هذا النوع من العقود في شكل مستندات يجب طلب الاطلاع عليها، أو في بطاقات أو على ظهر طلبات البضاعة أو التسليم، حيث لا يكون في وسع صاحب العلاقة عمليا أخذ العلم بها أو لا ليستطيع دراستها قبل الالتزام.[17]

المحور الثالث : تحقيق التوازن بين التزامات المتعاقدين

الأصل هو التساوى المفترض بين مراكز الأطراف المقبلة على التعاقد و حرص كل واحد على مصالحه، لتحقيق توازن العقد، كأثر لوجود رضا الأطراف بالعقد و قبولهم لشروطه، و حتى اذا كانت هناك ثمة أخطار، فيكون كليهما على وعي بها و يتحمل المسؤلية. غير أن
الحرية و المساواة في مجال العقود أصبح مجرد فروض نظرية. مما أدى الى خلق مناخ غير ملائم لأبرام العقود و التصرفات، الذي سمح للمنتج أو البائع أو مقدم الحدمة أي المهني، أن يضع في العقد الشروط التي تحقق مصالحه و بصورة تعسفية، غير مبالي بمصالح الطرف الأخر، و ذلك على نحو يمكن أن تتصف معه هذه الشروط أو البنود بالتعسفية أي الاجحاف في حق الطرف الضعيف، مما يؤدي الى اخلال التوازن في العقد. و لتحقيق التوازن في العقد. قسمت هذا المحور الى ثلاثة نقاط رئيسية، نتناول في الأول الالتزام بشروط العقد وهذا لأن الأطراف المتعاقد لا يحكمها في هذا النوع من العقود العقد شريعة المتعاقدين أما النقطة الثانية خصصتها لدراسة كيفيت تعديل الشروط التعسفية و استبعادها من العقد لصالح الطرف الضعيف، أما النقطة الثالث خصصتها لدراسة دور التشريع في تفسير الشروط التعسفية في عقود الاذعان و كذلك ما أورده المشرع من نصوص لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

أولا: الالتزام بشروط العقد

الأصل أن من يوقع على العقد يكون ملتزما بما ورد فيه من شروط، فالمستهلك المتوسط يقوم بالقراءة المتأنية لشروط العقد الذي وقع عليه، و في هذه الحالة يصعب عليه أن يثبت أنه لم يوافق أو لم يعلم بالشروط التي وقع عليها بالفعل. غير أن التوقيع على العقد في نظر جانب من الفقه و القضاء الفرنسي، لا يمكن أن نفترض أن المتعاقد قد وافق بشكل تلقائي على جميع الشروط ، و في جميع الأحوال لا يجب التمسك الا بالشروط التي علم بها فعلا ووافق عليها المستهلك بمحض ارادته.[18]

وقد تطور القضاء الفرنسي في هذا الصدد، فكان في أول الأمر يفترض قبول أطراف العقد بكل ما يرد فيه من شروط، لكنه بعد ذلك أصبح يفرض رقابته على العلم الحقيقي بالشروط الوارد في العقد. و بذلك أصبح من الممكن أن يقضي القاضي بعدم نفاذ أحد الشروط التي وقع عليها المستهلك لأنه لم يعلم أو لأنه لم يقبل بها.و بناءا على ما تقدم يمكننا القول أن القضاء الفرنسي فرض رقابة بعدية على ابرام العقود لتأكد من حقيقة قبول المستهلك لشروط التي وقع عليها في العقد. غير أن القضاء الفرنسي متمسك بالنظرية التقليدية التي تقضى بإلزامية توفر الرضا من أجل ابرام العقد، و تطبيقا لهذه النظرية فان ابرام العقد يتم بعد اجراء مفاوضات بين الأطراف لتنتهي بانعقاد العقد و قبول كل الشروط الواردة فيه، و الزام الطرف المذعن بها طالما أنه اطلع على العقد و كان بإمكانه قراءة هذه الشروط و تأكيدا لهذا الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الانضمام الى العقد يتم بقبول كافة الشروط الموجودة فيه. و في ضل النظرية التقليدية كان يجب البحث عن حقيقة رضا المستهلك و ليس عن افتراضه بالنسبة لشروط العقد.[19]

ان تطبيق هذه النظرية يكون بالنسبة للعقود التي تتم على التساوي بين أطراف العقد و بدون اذعان من أحدهما للأخر، لكن الأمر يختلف بالنسبة للعقود التي يختل فيها التوازن بين المتعاقدين خاصتا في عقود الاذعان. التي يخضع فيها المستهلك لشروط المهني .

و نستنتج مما سبق أن القضاء يلجأ الى الافتراض و الحلية القانونية وبهذا فهو يقر ضمنيا بغياب الرضا الحقيقي، وهذا ما أكده الفقه بأن عقود الاذعان ليست الا مثالا حيا على غياب تطابق الارادتين لا نشاء العقد، و حتى اذا وجد تطابق الارادتين بصدد عقود الا ذعان فانه لا يتعلق الا بموضوع واحد ألا وهو انعقاد العقد بحد ذاته فقط، أما الشروط أو أثار العقد فلم يتم الاتفاق عليها لأننا بصدد ارادة واحدة. و عندما انتبه القضاء الى هذه الحقيقة فرض رقابته ليس فقط على ابرام العقد و انما أيضا على مضمون العقد و شروطه لتعديل التوازن العقدي بحذف أو استبعاد الشروط التعسفية التي يحتوي عليها العقد. وهذا ما نتمناه بالنسبة للمشرع الجزائري.

ثانيا : تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها

يعرف الشرط التعسفي بأنه" الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك، من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض

الحصول على ميزة مجحفة"[20] و يرى البعض أن المقصود بالشرط التعسفي في مفهوم القانون، ذلك الذي ينشأ الشرط بسبب التعسف و يسمح بوقوع هذا التعسف. لقد اختلف الفقهاء في تحديد يعرف الشرط التعسفي بأنه" الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك، من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة" و يرى البعض أن المقصود بالشرط التعسفي في مفهوم القانون، ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف. لقد اختلف الفقهاء في تحديد الشرط التعسفي فمنهم من تناوله من حيث المصدر، ويرى بأن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف و يسمح بوقوع هذا التعسف. أما من حيث الطبيعة، فهو الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف و نزاهة و حسن النية و الذي يتنافى أيضا مع روح الحق و العدالة.[21] و قد عرفه المشرع الجزائري بالمادة3 فقرة 5 من قانون رقم10-06 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

و قد تناول المشرع في الفصل الثاني من نفس القانون البنود التي تعتبر تعسفية في المادة5 " تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي و أغلبها تحاول تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، غير أنه رغم ذكرها الا أنه يصعب تحديدها في الواقع العملي .يتم تعديل والغاء الشروط التعسفية في العقد بتطبيق القواعد العامة لحماية المستهلك يبدو هذا مقصورا على عقود الاذعان، و هو ذلك العقد الذي ينظم فيه القابل(المستهلك) بشروط مقررة مسبقا يضعها الموجب ولا يسمح بمناقشتها و تتعلق باقتنائه السلع و الخدمات الضرورية التي تكون محل احتكار قانوني أو فعلي المشرع الفرنسي لم يضع نصوص خاصة تنظم الشروط التعسفية في عقود الاذعان فقام القضاء بإكمال هذا النقص التشريعي، لذلك سوف نوضح تنظيم المشرع الجزائري مقارنتا بالمشرع المصري لهذه الشروط. لقد تدخل المشرع الجزائري تدخلا مباشرا لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الاذعان، حيث نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري" اذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". و هو نفس النص الذي تدخل به المشرع المصري المادة149.

و يتضح من النصين أن المشرعين أرادا أن يحميا الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي على الطرف الضعيف و لا يملك هذا الأخير سوى قبولها، و في الحقيقة ان عدم وضوح الشرط أو غموضه مما يجعل على المذعن صعوبة في التعرف على مضمونه أو مدى التعسف المترتب عليه، فهذه مسألة تتعلق بقواعد التفسير الخاصة و التي قرر المشرع من خلالها ترجيح جانب الطرف المذعن. لكن ما يعاب على المشرع الجزائري و المشرع المصري هو عدم تحديد المقصود بالشرط التعسفي، و يترك للقاضي السلطة المطلقة في تقدير مدى التعسف بالنظر الى ظروف و ملابسات كل حالة و بالنظر الى الظروف الشخصية لأطراف العقد المبرم. و يفهم من قراءتنا لنصين تبين لنا أن سلطة القضاء قد تجاوزت الحدود المقررة في القواعد العامة للعقد

عن طريق منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعاقدية بل و اعفاء الطرف المذعن دون أي قيد . لأن المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقا للمتغير ات و المستجدات التي تقضي بها العقود، ان خضوع الطرف المذعن في عقود الاذعان و عدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم القواعد العامة في عقود الاذعان، غير أنه يبقى من الصعب على القضاء تعريف الشرط التعسفي من غيره من شروط العقد، و هذا يختلف بحسب العادات و العرف و البيئة التي أبرم فيها العقد. و يمكننا القول أن البحث في الشروط التعسفية كاف لتحقيق الحماية للمستهلك الجزائري.

ان السلطات الواسعة التي منحها المشرع الجزائري للقضاء بصدد عقود الاذعان غير كافية لحماية الطرف المذعن ،و كان عليه أن يحذو حذو المشرع الأوربي الذي منح للقاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه لإجراء التعديل في الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك و منها ما ينطبق عليه وصف الإذعان، لأن عقود الإذعان تمثل مساحة كبيرة من العلا قات التعاقدية التي يختل فيها التوازن بين أطراف العقد من الخبرة و الإعلام الكافي ، الا أن هذه العلاقات ليست كلها عقود إذعان، و بناء عليه فهية غير كافية لحماية المستهلك.

ثالثا: دور التشريع في تفسير الشروط التعسفية في عقود الاذعان

ان المشرع الجزائري أعطى حماية مباشرة لطرف المذعن في مواجهة الشروط التعسفية الواردة في عقود الاذعان بمقتضى المادة 110 قانون مدني جزائريو كذلك المشرع المصري، في تفسير الشروط الغامضة في العقد. كذلك نصت المادة 112ق.م.ج." يؤول الشك في مصلحة المدين . غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن". و تقابلها المادة151 مدني مصري مكرسين [22]القواعد العامة في التفسير و التي تقضي يفسر الشك لمصلحة المدين،في الفقرة الأولى، أما نص الفقرة الثانية فيقضى أن لا يكون التفسير ضار بمصلحة الطرف المذعن. و هنا نلاحظ التطابق التام بين القانون المدني الجزائري و المصري. و من درستنا لهذه النصوص نجد أن المشرع قد نجح في صياغة الفقرة الأولى من المادة 112 باراد لفظالشك)، غير أنه قد قيد سلطة القاضي في حدود تفسير(الشروط الغامضة)، غير أن مسؤولية الطرف القوي في عقد الاذعان في وضع شروط غامضة تؤدي الى الاضرار بالطرف المذعن ترتب مسؤولية تعويض الضرر المادة 124مكرر قانون مدني جزائري. و في الأخير نستنتج أن تفسير الشك في الشروط الغامضة في عقود الاذعان لمصلحة المدين بشرط عدم الاضرار بالطرف المذعن، فهذا غير ممكن من الناحية العملية. بالإضافة الى القانون المدني فقد أورد المشرع في قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23جوان2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المادة 29 منه المعدل و المتمم بالقانون رقم 10-06المؤرخ في 05أوت 2010 و كذلك المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصادين و

المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فيفري 2008. من تحليلنا لهذه النصوص نجد أنها تهدف الى تحقيق الأهداف التالية:

1/ تسليط الضوء على الأليات و الاجراءات المتعلقة بحماية المستهلك من البنود التعسفية.،

2/ عرض حالات تتعلق بالعقود المتضمنة البنود التعسفية.،

3/ ايجاد حلول للمشاكل المعترضة في مجال البنود التعسفية.،

4/ ابراز دور لجنة البنود التعسفية و كيفيات اخطارها.،

5/ محاولة اعادة التوازن في العقود.

الخاتمة:

تطور القانون الوضعي بتأثير الاجتهاد و القوانيين الخاصة، لم يبقى القانون الوضعي الذي ينظم العقود، رغما عن دوام مدونة القانون المدني مستقرا على حاله، تحقق تطوره بتأثير الاجتهاد، و كذلك القوانيين الخاصة التي تنظم عقود محددة. تعتبر عقود الاذعان مجالا واسعا لظهور الشروط التعسفية، هذا لا يعني عدم وجودها في العقود التي تتم بناء على تفاوض بين الطرفين و منها عقود الاستهلاك و خاصة العقود المحررة مسبقا. و هذا نتيجة ظهور الاقتصادي الاستهلاكي و السرعة في التسويق مع التطور التكنولوجي. و ما طرأ على العملية التعاقدية من متغيرات، و من أثرها ضرورة حماية المستهلك الطرف الضعيف عديم الخبرة في مواجهة المهني، الذي يتمتع بالتفوق الفني و القانوني و الاقتصادي. و نتج عن ذلك ظهور حالات متعاقبة من التعسف، مثل الزام المستهلك بالدفع مقدما قبل استلام السلعة، النص على تعويضات كبيرة في حالة تأخر المستهلك عن الدفع، شروط عدم مسئولية الصانع أو الموزع أو مقدم الخدمة في حالة عدم تنفيذ لالتزاماته أو في حالة وجود عيب في طريقة الأداء، أو في حالة المماطلة أو تأخر المهني في تنفيذ التزاماته.....الخ.

من دراستنا لهذا الموضوع نرى أن الوسائل المختلفة المقترحة لحماية المنظم الى عقد الاذعان يمكن استعمالها في عقد الاستهلاك، أي استبعاد الشروط المخالفة للقانون الذي يتناول بعضها مضمون العقد بحد ذاته و بعضها الأخر كيفية تكوينه. سواء كان المقصود تنظيم العقد أو رقابته القضائية لأنه يحتوي على ثغرات و سلبيات لا تخدم المستهلك بصفة عامة غير أنه لا يمكن الاستغناء عن هذه العقود لتلبية حاجياته.

تقوم جل القوانيين الوطنية المختلفة بحل هذه المعضلة التشريعية بالتنسيق بنسب متغيرة، بين مختلف الوسائل، و استبعاد الشروط المخالفة للقانون، لحماية العقد. العائدة للنظرية العامة للعقد.

كل تصرف قانوني يتم بإرادتين هو عقد رغم أن ارادة طرفيه لم تكن متساوية أو بعبارة أخرى الالتزامات الناجمة عنها ناتجة عن قوة اقتصادية، و هذه الخاصية لا يتميز بها عقد الاذعان وحده فهي متواجد في عقود أخرى مثال: كالعقود التي يبرمها ناقص الاهلية في القواعد العامة و عقود الاستهلاك ، و هذا ما دفع المشرع الى وضع نظام قانوني لحماية الطرف الضعيف، مثل العقود المحرر مسبقا، التي يكون الثمن محدد و

كذلك الضمان الاتفاقي، كيفية التسليم و غيرها.
من دراستنا نرى أن أصحاب نظرية العقد لا يستبعدون عقود الانضمام عن الرضا في القواعد العامة التي تحكم كل العقود لأنها تنشأ عن ارادتين ، ارادة الموجب و ارادة المنظم(و هذا الانضمام ما هو الا نوع خاص من القبول) و أثاره محددة مسبقا لكن بإرادة الموجب و قبول الطرفين.
بناءا على ما تم دراسته توصلنا الى النتائج التالية:
-لا توجد قاعدة تنص على أن شروط العقد يجب أن تكون ناتجة عن مفاوضات حرة و متساوية بالنسبة الى الطرفين و لا تحتوي على شروط تعسفية غير أن المشرعين بما فيهم المشرع الجزائري نص على أن "العقد شريعة المتعاقدين" و من بينها عقد الاذعان، وعقود الاستهلاك. صحيح أنه منذ القدم يطلق لفظ العقد على كل اتفاق يحدد فيها أحد الأطراف شروطه و على الأخر أن يقبلها أو يرفضها جملة، و يتم تحديد الثمن مسبقا من قبل البائع لكن هذا لم يمنع من وصفه بأنه عقد بيع، و كذلك الايجار، لكن المهم أن يكون القبول بالشروط المعروضة غير مرغم أي حرا في القبول أو الرفض، فاذا قبل فانه يكون قد أدلى برضاه فينعقد العقد على الرغم من تحريره مسبقا من العاقد و انعدام كل مساومة. غير أن القانون ينص على أن الطرف المذعن يكون جديرا بالحماية من تعسف الطرف المحتكر، و لحماية المستهلك لا بد من اسقاط قواعد عقود الاذعان على عقود الاستهلاك .
للحماية من الشروط التعسفية ، التي تسمح للقاضي من التدخل اضافة الى البنود التعسفية في العقد التي حددها و من خلالها تتدخل لجنة الشروط التعسفية.
- المقصود هنا ليس حماية الطرف الضعيف في العقد، بقدر ما هو مطالبة للقاضي الى التدخل في تفسير العقد، آخذا بعين الاعتبار فقط الارادة التنظيمية لأطرافه، بعد اعطاء لجنة الشروط التعسفية لرأيها.
_ الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين، غير أن هذه النظرية هي محل نقاش حاليا في العقود الحدبثة لأن القانون لم يشترط أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق، و قياسا على حرية التعاقد في عقد الاذعان الذي لا يعدو أن يكون نوعا من الضغط الناتج عن القوة الاقتصادية و هذا لا يؤثر على صحة التراضي، لكن الطرف الضعيف في حاجة الى حماية.
لقد تبينا لنا أن عقد الاستهلاك في أغلب الأحيان هو من عقود الاذعان، و لا يمكن اعتباره عقدا رضائيا، لكثرت الشروط التعسفية التي يفرضها المهني على المستهلك، و لذا يجب ادخال تعديلات على التقنيين المدني بما يضم التوازن في العقد و حماية الطرف الضعيف.
وفي الأخير و لس أخرا أختم هذا المقال بمقولة الفقيه ديرو " ان القانون لا يشرع في تطبيقه الا بعد مصادقة رئس الجمهورية عليه، فهل نستطيع القول : ان القانون الذي صادق عليه الرئيس صادر عن ارادتين: ارادة المجلس الشعبي الوطني(البرلمان) وريس الولة؟

المراجع

لعشب محفود بن حامد، عقد الاذعان في القانون الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر،1990،ص.10.

عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، مكتبة نهضة مصر، القاهرة (بدون تاريخ)، ص.14.

مجدي صبحي خليل، التوجه الاقتصادي و العقود: دراسة قانونية مقارنة، المكتبة العامة للقانون و القضاء، باريس، 1976،ص.03.

عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانيين البلاد العربية، ذار النهضة العربية، بيروت، ط1974. ص,100.

محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2007، ص. 123.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزاء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص. ص. 278-279

جاك غستان، المطول في القانون المدني: تكوين العقد، المؤسسة الجامعية لدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 200، ص.ص.96،95.

رمضان أبو السعود، النظرية العامة لإلتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية مضر، صص 83،82

عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الارادة المنفردة، دراسة معمقة و مقارنة بالفقه الاسلامي، موسوعة القانون المدني المصري،1984،ص 125،124.

عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، منشأة العارف سنة 2004، ص 399.

Yves PICOD, Droit de la consommation, Arman colin, Paris, 2005, 371 p.

Stéphane PIEDELIVRE, droit de la consommation, Economica, Paris, 2008, 665 p.

J. c. AULOY, les clauses abusives en droit français, actes de la table ronde du 12 décembre 1990, L.G.D.J.1991,115.

J. c. AULOY, rapport de synthèse, dans les contrats d'adhésion et la protection du consommateur, Paris, E.N .A .J., 1978, p.260.

الهوامش :

(1)- لعشب محفود بن حامد، عقد الاذعان في القانون الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر،1990،ص.10.

(2)-المرجع نفسه ،ص.16

(3)- عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، مكتبة نهضة مصر، القاهرة (بدون تاريخ)، ص.14.

(4)- مجدي صبحي خليل، التوجه الاقتصادي و العقود: دراسة قانونية مقارنة، المكتبة العامة للقانون و القضاء، باريس، 1976،ص.03.

(5)- محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق،ص.23.،

(6)-عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانيين البلاد العربية، ذار النهضة العربية، بيروت، ط1974. ص,100.

(7)- المرجع نفسه،ص.135.

(8)- محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2007، ص. 123.

(9)-عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص.139.

(10)-عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص53

(11)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزاء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص. ص. 278-279

(12)-Yves PICOD, Droit de la consommation, Arman colin, Paris, 2005, p.147.

(13)- جاك غستان، المطول في القانون المدني: تكوين العقد، المؤسسة الجامعية لدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 200، ص.ص.96،95.

(14)-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.ص. 278-279.

(15)- محفوظ لعشب، المرجع سابق، ص. ص. 42-43.

(16)-J. c. AULOY, les clauses abusives en droit français, actes de la table ronde du 12 décembre 1990, L.G.D.J.1991,115.

(17)-J. c. AULOY, rapport de synthèse, dans les contrats d'adhésion et la protection du consommateur, Paris, E.N .A .J., 1978, p.260.

(18)-رمضان أبو السعود، النظرية العامة لإلتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية مضر، صص 83،82

(19)-Stéphane PIEDELIVRE, droit de la consommation, Economica, Paris, 2008, 364.

(20)-عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الارادة المنفردة، دراسة معمقة و مقارنة بالفقه الاسلامي، موسوعة القانون المدني المصري،1984،ص 125،124.

(21)-عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، منشأة العارف سنة 2004، ص 399.

(22)-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.190.