

قصور نظرية عقد الإذعان في احتواء الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي

Submission contract in controlling the abusive clauses and achieving contractual balance

بن سعيدي سلمة*

جامعة باتنة 1 الحاج لخضر (الجزائر)، Salmabensaidi05@gmail.com

مخبر العقود وقانون الأعمال

تاريخ النشر: 2022/12/21

تاريخ القبول: 2022/10/23

تاريخ الاستلام: 2022/01/24

ملخص: تختلف عقود الإذعان عن الشروط التعسفية فلكل منهما مجاله وذاتيته الخاصة التي تعكس لنا آثاره ونتائجه على العقد بصفة عامة وعلى المتعاقدين بصفة خاصة ، فإذا كان العنصر الأساسي الذي يقوم عليه عقد الإذعان هو عنصر الاحتكار ، فإن مشكلة تضمين العقد لشروط تعسفية والعمل على حماية الطرف الضعيف منها وإعادة التوازن العقدي ليست محصورة في هذا النطاق الضيق فقط بل تمتد إلى أكثر من ذلك لتشمل كل عقد استهلاكي يكون أحد طرفيه ضعيفا في مواجهة الطرف الآخر الذي يتفوق عليه اقتصاديا وفنيا ، فنظرية عقد الإذعان أصبحت اليوم عاجزة في التصدي لمختلف الشروط التعسفية أمام التطورات الحاصلة في شتى المجالات وخاصة بانتشار العقود الالكترونية التي في الغالب ما تكون في شكل عقود نموذجية محررة مسبقا من قبل المتدخل ما يحتم عليه الانضمام للعقد والإذعان لجميع الشروط الواردة فيه دون مناقشة أو مساومة، الأمر الذي جعل المشرع يبحث عن حلول أخرى لحماية هذا الطرف الضعيف.

كلمات مفتاحية: الإذعان، الاستهلاك، الشروط التعسفية، الطرف الضعيف، التوازن العقدي.

Abstract/

the submission contracts differ from the abusive clauses, each one of them has its proper field and its proper entity which reflects its effects and results generally on contract and especially on contractors...if the main factor on which the submission contract is based is a monopoly factor the problem of including the contract abusive clauses and working to protect the weak side and to get back the contracts balance is not just limited in this narrow range but it stretches more far to include every consumptive contract having one of its two sides weak in front of the second one which outperforms him economically and technically..

Submission contract theory today has become incapable to face the different abusive clauses with the developments in all domains and especially with the spread of the electronic contracts which are mostly typical and pre-edited by the interfeferer sothat it pushes him to join the contract and to submit to all included clauses without debate or compromise...., this matter made the legislator searching other solutions to protect this weak side.

Keywords/ Adhesion. consumption contract. Abusive clauses . consumer . Contract balance

مقدمة:

تعتبر ظاهرة سيطرة الطرف القوي اقتصاديا على الطرف الضعيف من أهم الظواهر التي واكبت التطور الاقتصادي التكنولوجي الأمر الذي يترتب عليه فرض شروطه المحقفة في العقد ولأن هذا العقد يتعلق باحتكار سلع أو خدمات ضرورية فإن الطرف الضعيف لا يمكنه رفض العقد أو المفاوضة على شروطه.

وقد ثار إشكال حول مدى إمكانية اتساع عقود الإذعان بقبول عقد الاستهلاك ضمن طائفتها القانونية المحددة بهدف مد الحماية التشريعية للمستهلك في حالة وجود شروط تعسفية يفرضها عليه المهني أو المحترف وهذا يمثل هدف قانوني لذلك حرص الفقه على ضرورة استفادة المستهلك من النظام القانوني للحماية ضد الشروط التعسفية المنصوص عليه في عقد الإذعان.

لذا حاول الفقه تطوير مفهوم عقود الإذعان من أجل الوصول إلى مفهوم واسع لعقود الإذعان قادر على استيعاب كل وصف للطرف الضعيف خاصة المستهلك وعليه يمكن إثارة الإشكالية التالية:

هل أن مجال الشروط التعسفية ينحصر في عقود الإذعان فقط ؟ أم أن هذه النظرية أصبحت عاجزة أمام التطور الذي نشهده اليوم في مختلف المجالات؟

وللإجابة على هذه الإشكالية حاولنا تقسيم هذه الدراسة إلى قسمين نتناول في المحور الأول: حصر نطاق الشروط التعسفية في عقود الإذعان، والمحور الثاني: نتناول فيه عجز نظرية عقد الإذعان في الاحاطة بالشروط التعسفية التي ظهرت في ظل التطورات الحديثة.

المحور الأول: ربط فكرة الشروط التعسفية بعقود الإذعان:

نتناول في هذا العنصر مفهوم عقد الإذعان وتبيان الطبيعة القانونية لهذا العقد ثم تمييزه عن العقود الاستهلاكية.

أولا : ماهية عقد الإذعان:

1/ مفهوم عقد الإذعان:

هو ذلك العقد الذي يقبل فيه أحد المتعاقدين بالشروط التي يعرضها عليه الطرف الآخر ولا تتاح فيها الفرصة للطرفين على قدم المساواة لمناقشة جميع الشروط التي سيتضمنها العقد¹.

وكمثال عن عقود الإذعان نجد عقود التأمين فطبقا للقواعد العامة المتعلقة بعقود الإذعان في القانون المدني الجزائري فهي تقضي بأن يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائما أو مدينا ، وتنص المادة 110² من القانون المدني الجزائري على تأكيد ضمان حماية المذعن من تعسف شركات التأمين التي تملك حق إعداد نماذج عقود التأمين فهي تنص في هذا الصدد على أنه إذا تم العقد بطريقة الإذعان وقد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعني الطرف المذعن منها ، وقد نصت المادة 622 من القانون المدني الجزائري على جملة من الشروط التي تعتبر تعسفية ويكون العقد فيها باطلا³.

فهو كل عقد يتحدد مضمونه العقدي كلياً أو جزئياً بصورة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية، وهو مانصت عليه المادة 70 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

فيخضع فيه أحد المتعاقدين وهو الطرف المدعن لعقد محرر سلفاً من جانب واحد بحيث يتضمن تفصيلاً كل الشروط اللازمة للتعاقد بدون أي مفاوضات أو مناقشات من الجانب الآخر⁴.
وعليه فالمعيار الجوهري لعقد الإذعان هو أن يتم القبول في صورة التسليم بالشروط التي عرضها الموجب دون أدنى شروط مناقشة أو مفاوضة.

وحظر المناقشة على المستهلك هي التي تضيفي على العقد وصف الإذعان لأن هناك حالات تعاقدية لا يصاحبها أي مفاوضات، ومع ذلك لا يتوافر هذا الوصف فهناك حالات يمكن أن يسبقها مفاوضات، ولكن الطرف الآخر يهملها ولا يتمسك بها، فغياب المفاوضات هنا لا يشوب العقد بوصف الإذعان، أما منع المفاوضات وحظرها على الطرف الضعيف الذي لا يستطيع المطالبة بما فهو الذي يضيفي على العقد وصف الإذعان، وخصوصية عقد الإذعان من هذه الزاوية لا تبدو في مسعى المتعاقد ورغبته في التفاوض أو احكامه وعزوفه على ذلك وإنما تكمن في حظر التفاوض المفروض عليه من المتعاقد الآخر وذلك الحظر الذي يؤدي به إلى الإذعان للتعاقد لذا فإن مراعاة الدقة تقتضي القول أن الإذعان ليس دائماً وليد انعدام المفاوضات وإنما يتحقق كنتيجة لحظرها، فالفقه يذهب إلى تغليب المعيار القانوني على المعيار الاقتصادي.

أما المعيار القانوني فيتمثل في الانضمام لعقد نمطي أو نموذجي انفراد أحد الطرفين بصياغته وينظم إليه الطرف الآخر دون أن يستطيع حقيقة تعديله، ومن الأفضل عدم انفراد معيار واحد بتحديد مفهوم عقد الإذعان فالأفكار العامة غالباً ما تحتاج إلى أكثر من معيار.

والمعيار الاقتصادي يتمثل في وجود قدرة اقتصادية وفنية لأحد أطرافه تجعله في وضع أقوى من الآخر، فخصائص عقد الإذعان يمكن مطابقتها على خصائص عقد الاستهلاك.

وعلى هذا الأساس توصل الفقه الحديث إلى أن المستهلك هو كل متعاقد يكون طرفاً مدعناً أي قابلاً في عقود الإذعان وعلى ذلك تكون الحماية الواردة في صدد عقود الإذعان تنطبق في كل من يتوافر فيه هذا الوصف أي كان صفته مستهلكاً أو مهنياً⁵.

ويرى الفقه أن معيار عدم مناقشته الحقيقية لشروط العقد هو معيار يتوافر أيضاً في عقود الاستهلاك بشكل ظاهر بمعنى أن المحترف في عقود الاستهلاك وبما له من قدرات فنية واقتصادية يستطيع أن يبرم عقداً لا يخدم سوى مصلحته الشخصية، مهدراً مصالح المستهلك الذي لا يملك سوى قبول العقد أو رفضه ولا يستطيع مناقشة المحترف في بنود العقد التي يعدها مسبقاً، فعدم المساواة بين طرفي العقد يترتب عليه غياب النقاش الحقيقي بينهما فالمستهلك من واقع ضعفه وحاجته إلى السلعة المعروضة أو الخدمة المقدمة لا يستطيع أن يكون ندا للمهني بأي حال من الأحوال.

وتختلف طبيعة عقد الإذعان باختلاف ما إذا كنا بصدد عقد إداري أو مدني ، فالأول له أحكامه التنظيمية الخاصة به سواء في طريقة إبرامه أو في الآثار المترتبة عنه، وبالتالي فإنه يمكن القول بأن النظرية القائلة بأنه مركز قانوني منظم تصدق على هذه العقود إذ يراعى فيها ماتخوله التشريعات للإدارات العامة من امتياز وأن عقد الإذعان الإداري يفسر وفقا للأحكام التي تضبطه، أما الثاني فتحكمه القواعد العامة للقانون المدني إلا ماورد فيه من نص خاص كحالة تفسير العقد لصالح الطرف المدعن سواء كان دائما أو مدينا وبالتالي فإن أحكام النظرية القائلة بأنه عقد تصدق على عقود الإذعان الخاصة⁶.

2/ الطبيعة القانونية لعقد الإذعان:

اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لعقد الإذعان بسبب الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان فذهب اتجاه إلى انكار الصفة التعاقدية لعقد الإذعان وذهب اتجاه آخر إلى اعتبار تصرفات الإذعان عقدا بالمفهوم القانوني :

أ/ النظرية اللاتحجية :

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن عقد الإذعان هو عبارة عن مركز قانوني منظم تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة مما يبعد وصف العقد عنه لما يفترض في هذا الأخير من التساوي بين طرفيه وكذا حرية إبرامه ، ذلك أن الضروريات الاجتماعية تبرر أحيانا منح بعض أشخاص القانون الخاص سلطة التنظيم فأضحى عقد الإذعان أقرب إلى المركز القانوني المنظم ومن ثم وجب أن يفسر كما يفسر القانون أو اللائحة⁷ ، وقد ترسخ الاعتقاد لدى المستهلك وهو يتلقى هذه العقود المعدة سلفا أنه يميز بين النصوص التشريعية أو التنظيمية وبين الوثائق التعاقدية التي يصدرها المحترفون من حيث كونها تفرض عليه فرضا⁸.

ب/ النظرية التعاقدية:

يرى أصحاب هذه النظرية أن أساس كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفان متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية وأنه مهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الطرف المدعن فإنه لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا أو يفسده⁹.

فالقبول في عقد الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب عقد حقيقي وصحيح استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة.

ولا يخلو هذا الرأي من المبالغة والتصنع مما أدى إلى وضع قواعد خاصة به تراعى عند انعقاده وتنفيذه بوصفه عقد ذو طبيعة خاصة من حيث اعتبار القبول منه أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة ومن حيث تفسير الشك الذي يكتنف عباراته لمصلحة المتعاقد المدعن دائما أو مدينا¹⁰.

تحليل المادة 111 من القانون المدني الجزائري : يتعلق النص على عقود الإذعان ومن خصائصها أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين ويكون فيها المحتكر لهذه السلع احتكارا قانونيا أو فعليا

او تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق وأن يكون صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة لمدة غير كافية ووفقا للسلطة التي خولها المشرع للقاضي في تعديل العقد أو إعفاء الطرف المدعن منها وفقا لما تقضي به العدالة وتعتبر هذه السلطة متعلقة بالنظام العام إذ يبطل الاتفاق على مخالفتها .

وهو ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية أن من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين ويكون فيها احتكار الموجب لهذه السلع والمرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو أن تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق وان يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة و بشروط واحدة لمدة غير محددة والسلع الضرورية هي التي لا غنى للناس عنها والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائزة وشديدة¹¹ . والإذعان لم يعد يقتصر على مفهومه التقليدي فما نعيشه اليوم في عصر المعلوماتية والتقدم العلمي والصناعي والتكنولوجي وظهور العقود الالكترونية التي لا تقوم على التفاوض والمساومة حول شروط العقد بل تقوم على شروط نموذجية وضعت سلفا من قبل شركات الإنتاج والتوزيع وهي شروط عامة لا تقبل المناقشة تضعها هذه الشركات وتطرحها على الراغبين في التعاقد عبر شركة الانترنت .

وهناك من يوسع في تعريف عقد الإذعان بأنه: عقد يحدد محتواه كليا أو جزئيا وبطريقة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية وهذا التعريف يحقق أكثر حماية للطرف الضعيف وهذا لعدم استلزامه وجود احتكار للقول بفكرة الإذعان وإنما يكفي بأنه يرتقب أحد الطرفين ويسلم بمشروع العقد الذي وضعه الطرف الآخر ويقبل شروطه مسبقا.

فلا بد من توسيع مفهوم عقد الإذعان من أجل توسيع الحماية المطلوبة، حتى تتسع لتشمل كل متعاقد ضعيف من الناحية الاقتصادية أو الفنية أو القانونية قياساً بالطرف الأخر في العقد الذي يتمتع بقوة مركزه الاقتصادي، ومهيماً على العقد من حيث فرضه لشروط محققاً بما يصلحته، أما الطرف الأخر الضعيف يقدّمها بمحففة بحقه¹².

ثانيا: تمييز عقد الإذعان عن العقد الاستهلاكي:

1/ المفهوم التقليدي لعقد الاستهلاك :

لغة: تعني كلمة استهلاك في اللغة أن فلان قضى حاجته من شيء ما أو استنفذها أو التهم وأكل¹³ . فهو عملية اقتصادية من شراء أو استئجار للحصول على أي خدمة أو حاجة مهما كان نوعها وبمحتاجها الإنسان في حياته اليومية وعلى المدى القصير والبعيد، ويهدف الفرد من ذلك إلى أن يشبع أو يحصل على ما يفكر بأنه ضروري له، أو كماله في حياته من دون أن تكون لديه نية التفكير في الحصول على الأرباح.

وقد عرف المشرع الجزائري العقد الاستهلاكي في المادة 03 من القانون 04-02 المعدل والمتمم¹⁴ بأنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تادية خدمة محررة مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه.

يمكن أن ينجز العقد في شكل طلبية أو فاتورة أو أي وثيقة مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا".

فهو من العقود الجبرية التي يحتل فيها عنصر التوازن بين الأطراف بسبب قوة اقتصادية أو وجود حالة الاحتكار التي تفرض التعاقد جبرا مع الطرف القوي في العقد وهذا مايتحقق في عقود الكهرياء والهاتف مثلا، إذ أن الخدمات الكبرى غالبا ما تحتفظ بها المؤسسات الاحتكارية دون غيرها، الأمر الذي يجعل المستهلك أمام خيار صعب هو قبول التعاقد أو رفضه أصلا غير أنه غالبا ما يدعن للشروط التي يملها الطرف الآخر عليه أمام وطأة الحاجة وخضوع إرادة الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي فهو شكل من أشكال القبول والثقل الاقتصادي والذي يتمتع به المتعاقد القوي ولا يرقى لدرجة أنه يعيب رضا الطرف الضعيف مادام الإرادة حرة في قبول التعاقد من عدمه، إذ أن المشرع راعى هذا التفاوت في الإمكانيات وذلك بأن قيم هذا النوع من التعاقد يفيد عدم التعسف في وضع الشروط¹⁵.

فهو اتفاقات ليس لأطرافها الإمكانية في مناقشة بنودها فلا يسعها إلا أن تقبل بمقتضاها فتتظم إليها جملة أو أن لا تقبل بما فتبقى خارجة عن طائلتها. ويعتبر ضعف المركز القانوني للمستهلك في عقد الاستهلاك على مستوى القدرة التفاوضية حول شروط العقد مرده إلى انتشار العقود النموذجية¹⁶ لما تحمله من شروط تعسفية ترهق كاهله وفي المقابل تعفي الطرف الآخر والتي تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد لمصلحة المتدخل.

وباستقراء المادة الرابعة من القانون 04-02 المعدل والمتمم نجد أن المشرع ذهب لاعتبار عقود الاستهلاك بمثابة عقود الإذعان فالقوة الاقتصادية للشركات تجعل المستهلك فاقد لحرية الاختيار والمفاوضات فيقبل العقد دون نقاش وإذ قبلها كان متعاقدًا.

وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تفسير العقد الاستهلاكي على النحو الذي يحقق حماية أكيدة للمستهلك وعلى الأخص تفسير الشروط الواردة في عقود الاستهلاك أيا كان نوعها بما يحقق مصلحة المستهلك ، ليس لكونه طرفا مدعنا ولكن من خلال نظرية عقد الاستهلاك الذي لاينطبق بالضرورة على عقد الإذعان بمفهومه التقليدي الذي ينفرد أحد أطرافه بوضعه جملة وتفصيلا في حين يقتصر دور الطرف الثاني على التوقيع دون نقاش بل يقر بعض الفقه الفرنسي أن ذلك ينطبق على كل العقود بمختلف أنواعها استنادا في ذلك إلى اتساع نطاق التشريعات التي تحمي المستهلك وعدم ربطها بحماية الطرف المدعن فقط في الإطار الضيق لعقود الإذعان.¹⁷

ومن الأسباب التي دفعت إلى وجود مثل هذه البنود التعسفية في عقود الاستهلاك فإنها تنجسد في التحولات التي يشهدها العالم اليوم في شتى المجالات الاقتصادية والسياسية والثقافية والقانونية ومن زيادة في معدل الطلبات على السلع والخدمات الأمر الذي أدى إلى تغيير حقيقي في أنماط الممارسات التجارية ومن نتائج ذلك بروز مركز قانوني لاثنتين هما أهم الأشخاص الفاعلين في الحياة الاقتصادية الأمر الذي ترتب عليه حصول خلل جدي في العقود ومن حيث التوازن في الحقوق والموجبات بين أطرافها .

ولتحديد طبيعة العقد الاستهلاكي التقليدي يمكن القول أنه عقد ذو طبيعة خاصة ومميزة فهو يشمل جميع العقود المسماة وغير المسماة، التقليدية والالكترونية بعبارة أخرى كلما كان أحد أطراف العقد يقع عليه وصف المستهلك الذي

يقتني السلع أو الخدمات بهدف تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية ولا يهدف من ورائها نهائياً إلى تحقيق أي ربح اقتصادي وكان الطرف الآخر هو المتدخل أو المهني الذي يسعى إلى تحقيق الربح كنا بصدد عقود الاستهلاك.

2/ مفهوم عقد الاستهلاك الإلكتروني :

هو العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، ويقصد انشاء وترتيب التزامات تعاقدية، فالعقد الإلكتروني ينقذ باللقاء إيجاباً صادراً من شخص حول سلعة أو خدمة معروضة إلكترونياً سواء كانت الوسيلة التي عرضت بها سمعية كالسكايب أو بصرية كالإيميل أو كليهما كالمسح على شبكة اتصالات والتي يقابلها قبول من الطرف الآخر يكون بنفس الطريقة الإلكترونية التي يتلقى بها إيجابه بهدف الحصول على المنتج المتعاقد عليه سواء كان سلعة أو خدمة.

ويختلف العقد الإلكتروني عن باقي المعاملات الإلكترونية فهو يشمل العروض والاعلان حول السلع والخدمات وطلبات الشراء الإلكترونية والفواتير الإلكترونية وأوامر الدفع الإلكترونية.¹⁸

هو عقد رضائي فعملية المساومة مازالت تسود العقود الإلكترونية بمختلف أنواعها وأن الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفاً، بل له كامل الحرية في التعاقد مع أي محترف أو متدخل كما أنه يلزم لتوافر الإذعان أن تكون السلعة أو الخدمة محل التعاقد من الضروريات الأساسية التي يصعب الاستغناء عنها وأن تكون محل احتكار من جانب المورد أو المهني .

واختلف الفقه حول العقد الاستهلاكي الإلكتروني هل يعتبر عقد مساومة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي الحر بين طرفيه، أم أنه عقد إذعان مستقل أحده طرفيه بوضع شروط لا يقبل مناقشة فيها ولا يكون للطرف الآخر إلا قبولها كلها أو يرفضها كلها.

ويكتسب العقد الإلكتروني صفة عقد الاستهلاك وذلك عندما يتوفر شرطين اثنين :

الأول : أن يتم العقد عن بعد والثاني: أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكاً ، كما أنه يندرج تحت طائفة العقود المبرمة عن بعد أو عقود المسافات وهذه العقود تخضع لقواعد خاصة ومنها قواعد حماية المستهلك كما انه يتصف بصفته الإلكترونية لأنه يتم بواسطة وسائل الكترونية تنقل أطراف العقد بعضهم البعض دون الحضور أو الوجود المادي له وهذا ما دفع البعض إلى القول أن هذه العقود تتم من خلال لقاءات افتراضية¹⁹ .

ولمعرفة الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني لابد من التمييز بين الوسيلة المستعملة في إبرام العقد فإذا تم العقد بواسطة وسائل سمعية أو بصرية فالعقد يكون رضائياً لأن كل طرف يطلع على شروط العقد والطرف الآخر له حرية التفاوض حول هذه الشروط أو مقارنة هذا العقد مع عقود أخرى الكترونية للحصول على أفضل عرض تماشياً مع متطلباته.

ولتحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني انقسم الفقه إلى مذهبين: فيرى الاتجاه التقليدي: أن العقد لا يكون عقد إذعان إلا إذا توافرت فيه ثلاث عناصر: _ أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق ضرورية.

_ أن يكون احتكار هذه السلع احتكاراً قانونياً أو فعلياً .

_ أن يكون الإيجاب صادر إلى الجمهور بشروط مماثلة وغير محدودة²⁰ .

أما الاتجاه الحديث يعتبر العقد الإلكتروني عقد إذعان لأن أحد المتعاقدين وهو المستهلك طرف ضعيف يحتاج للحماية التي تتمثل في رفع مظاهر الإذعان التي يكون قد تعرض لها والمتمثلة في الشروط التعسفية²¹.

ويرى هذا الاتجاه أن المتعاقد الإلكتروني لا يكون أمامه إلا الموافقة على الشروط المعروضة عليه عبر وسائل التواصل الاجتماعي المستعملة في العقد دون مناقشة من الطرف الآخر ، وهذا الاتجاه تجاهل التفاوض والنقاش بتاتا حول شروط العقد ويستطيع الطرف الثاني بكل حرية مناقشتها وتعديلها .

ويرى اتجاه ثالث أن العقد الإلكتروني يتشابه مع عقد الإذعان من حيث كونه عقدا نمطيا أي أنه معد سلفا من أحد الطرفين الذي يستقل وينفرد بفرض شروطه وبنوده ويقتصر دور الطرف الآخر على مجرد قبول الشروط وبذلك تنعدم المفاوضة والمساومة معا. لا يمكن اعتبار العقد الإلكتروني عقدا نمطيا دائما فقد يتمكن الطرفين من مناقشة بنود العقد وذلك حسب الوسيلة المستعملة .

وقد استثنى المشرع الفرنسي صراحة من الخضوع للأحكام المنتظمة للتعاقد عن بعد عقود تسويق الخدمات المالية مثل : خدمات البنوك وعمليات التأمين عن بعد لدى المستهلكين وكذا العقود المبرمة عبر مراكز التوزيع الآلي أو العقود المتضمنة أدوات يتم تقديمها في المحلات التجارية التي تعمل بنظام آلي وأيضا العقود المبرمة من خلال الاتصال باستخدامه الكيائن التلفونية العامة ، وعقود إنشاء وبيع الأموال العقارية أو المتعلقة بحقوق عقارية أخرى باستثناء عقود الإيجار وأخيرا العقود التي تبرم عبر البيع بالمزادات العلنية بمفهوم آخر أن العمليات الاستهلاكية لا تقتصر على العقود فورية التنفيذ وإنما ينطوي أيا على العقود الطويلة الأجل والمؤجلة التنفيذ .

ثالثا: تمييز عقد الإذعان عن المفاهيم المشابهة له:

هناك عدة مفاهيم يختلط معها مفهوم عقد الإذعان في عدة جوانب كما سنرى.

1/ تمييز عقد الإذعان عن نظرية الإرادة:

وقد نص المشرع على نظرية عيوب الإرادة، وهي من ضمن النصوص القانونية التي فيها معالجة لحالات اختلال التوازن العقدي وتوفير الحماية للمستهلك، وهي أيضاً نظريات تقليدية، ولكن نتساءل هل أن نظرية عيوب الإرادة نجحت في توفير الحماية الكافية للمستهلك أم أنها أثبتت قصورها في ذلك.

والملاحظ أن عيوب الإرادة ومدى تطبيقها كوسائل لحماية المستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني، يجدها غير مجدية ويعتريها قصور واضح جداً في توفير الحماية الكافية للطرف الضعيف في العقد؛ وذلك لأنها قصرت الحماية للشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان حصراً، ولم تشمل العقود الأخرى، بمعنى أنها لم تواكب التطورات الاقتصادية الحاصلة في الوقت الراهن وشمول الشروط التعسفية حتى عقود المساومة.²²

فنظرية عقود الإذعان لا يمكن أن تتماشى مع مبدأ سلطان الإرادة التي تستلزم أن يكون للطرفين المتعاقدين الحرية في وضع ما يشاؤون من شروط في العقد المبرم بينهما وهذا لأنه لا يوجد توازن بين مركز الطرفين المتعاقدين في عقود الإذعان ولا يستطيع الطرف المدعى أو الطرف الضعيف في عقود الإذعان حذف أو تعديل أي بند من بنود العقد.

وعلى الرغم من قصور نظرية عيوب الإرادة عن توفير الحماية الشاملة للمستهلك، وذلك بوضعها شروطاً معينة لتحقيق الحماية، إلا أنها تشترك من حيث الهدف مع مقتضيات حماية الطرف الضعيف في العقد، وذلك من خلال سعيهما لمحاربة حالات عدم علم المتعاقد بآثار العقد وشروطه وعناصره.²³

2 / تمييز عقد الإذعان عن مبدأ القوة الملزمة للعقد :

وردت جملة من الاستثناءات على مبدأ القوة الملزمة للعقد التي تحد منه فيعد أن كان هذا المبدأ أهم المبادئ الأساسية للعقد أصبح من الضروري الحد منه والتدخل لحماية الطرف الضعيف في العقد وهذا بهدف خلق نوعاً من التوازن العقدي الذي يفترض أنه موجود في كل عقد رضائي خاصة وأنه في ظل العقود النموذجية والمحرة مسبقاً من قبل الأطراف الأكثر قوة وخبرة .

فهي العقود التي تتم بين مستهلك سلعة أو خدمة ما وبين منتجها وموزعها وغالباً ماتكون هذه العقود من عقود الإذعان ، أي أن عقد الاستهلاك هو ذلك العقد الذي يبرم بين طرفين مستهلك من جهة ومهني من جهة أخرى يتعهد فيها هذا المهني بأن يورد للمستهلك سلعة أو خدمة لاستعماله الشخصي مقابل مبلغ مالي معين.

أو هي تلك العقود التي يكون موضوعها توريد أو تقديم أشياء منقولة أو مادية أو خدمات لفرد هو المستهلك وذلك من أجل استخدامه الشخصي أو العائلي والذي لاصلة له بنشاطه التجاري أو المهني.

أما في ظل التطورات الحاصلة في الوقت الحالي، فقد طرأ تغيير في نظرية عقود الإذعان، فأصبح مجرد وجود طرف ضعيف في العقد لا يقدر على المناقشة والمفاوضة فيما يتعلق بنود العقد، مجرد ذاته إذعان دون الحاجة إلى تحقق جميع الشروط التي وضعها الفقهاء فيما يتعلق بهذه النظرية وفقاً للمفهوم التقليدي، الأمر الذي يُعدّ خطوة إلى الأمام من أجل حماية المستهلك الذي يبرم عقداً عبر شبكة الانترنت وما يحمل ذلك من مخاطر ضياع حقوقه.

وباستقراء المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه : " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعّن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

نجد أن هذه النظرية غير مجددة لحماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية؛ لأنها لم تواكب مستجدات الحياة في ظل التطور الحاصل في المجتمع، ولأن هذه النظرية قائمة في الأصل على مبدأ سلطان الإرادة.

و قد أصبح الطرف الضعيف اليوم بحاجة ماسة إلى الحماية في ظل التفاوت في الخبرة والعلم بين المتعاقدين، وإذا كان فعلاً يهتم المشرع والقضاء بإنصاف الطرف الضعيف في العقد وحمايته وذلك من خلال العمل على إعادة التوازن في العقد عند احتلاله، فهذه الغاية تتحقق في ظل انتشار نماذج العقود التي باتت نتيجة حتمية لتنوع الإنتاج وكثافة التوزيع.²⁴ وتتجسد الغاية من حماية المتعاقد من عقود الإذعان هي لوجود خلل واضح في التوازن العقدي، لوجود طرف ضعيف في العقد في مقابله طرف قوي²⁵، ونظراً لقصور النظرية التقليدية للإذعان عن توفير الحماية المطلوبة للمستهلك؛ وذلك لأنها محكومة بجملة من الشروط ويشترط تحققها جميعاً، في هذه الحالة حصراً يصبح المستهلك تحت طائلة الحماية.

وعليه يمكن القول بأن نظرية عقود الإذعان تتضمن مفهوما خاصا لفكرة الطرف الضعيف في الرابطة العقدية وهو ما يشير إليه معنى الطرف المدعن وهذا المفهوم لا يشمل إلا مظهرها من مظاهر الضعف التعاقدية وهو ما ينشأ عن تدي المركز الاقتصادي للطرف المدعن في مواجهة ما يتمتع به المتعاقد الآخر من نفوذ اقتصادي هائل.

وعليه لا بد من الأخذ بالمفهوم الحديث للإذعان ، فتتسع الحماية لتشمل كل متعاقد ضعيف من الناحية الاقتصادية أو الفنية أو القانونية قياساً بالطرف الآخر في العقد الذي يتمتع بقوة مركزه الاقتصادي، ومهيماً على العقد من حيث فرضه لشروط محققاً بما مصلحته، أما الطرف الآخر الضعيف يعدها مجحفة بحقه.

أما في حال تخلف أحد هذه الشروط، فيتجرد المستهلك هنا من الحماية ولا يستطيع الدفع بكون العقد عقد إذعان، ونظراً لذلك اتجه الفقه لحماية المستهلك، وذلك من خلال تحقق الإذعان في العقد متى ما كان أحد الطرفين في مركز ضعيف أمام الطرف الآخر وانعدم حقه في المناقشة والمفاوضة، فيحق للمستهلك الدفع بتحقيق عقد الإذعان ليكون مشمولاً بالحماية وفقاً للتطور الحديث في نظرية الإذعان وجعلها أكثر مرونة؛ وذلك من أجل تحقيق الحماية الكاملة للمستهلك.

أما نظرية عقود الإذعان ودورها في مواجهة الشروط التعسفية، فنلاحظ أن هناك تطورات ملحوظة فيما يتعلق بهذه النظرية، فبعد ما كانت محكمة بشروط معينة وضعها الفقه لهذه النظرية وبتحقق كل هذه الشروط، تتوفر الحماية للطرف الضعيف في العقد باعتبارها وسيلة لمواجهة الشروط التعسفية، خاصة بعد التعديل الأخير الذي جاء به المشرع الفرنسي بخصوص القانون المدني الفرنسي من خلال المادة 1171 منه بقوله: " في عقد الإذعان يعتبر كأن لم يكن كل شرط غير قابل للتفاوض محدد سلفاً من قبل أحد الأطراف، يربط اختلالاً واضحاً في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد".²⁶

**المحور الثاني: عجز نظرية عقد الإذعان في الاحاطة بالشروط التعسفية التي ظهرت في ظل التطورات الحديثة:
أولاً / ماهية الشروط التعسفية:**

الشرط: هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه²⁷. وفي الاصطلاح هو اقتراح العقد بالتزام أحد طرفيه بأمر زائد عن أصل التصرف أو هو التزامات إضافية منجزة على أصل مقتضى العقد يلتزم بها المتعاقد في ضمن عقده بإرادته²⁸.

أما التعسف: فهو من الفعل تعسف، تعسفاً، متعسفاً، وتعسف في الأمر : ظلم وجرار واستبد ويقال عسف عن الطريق يعسف عسفاً أي مال وعدل وسار بغير هداية²⁹.

وهو أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حق تشريعي ثبت له بعوض أو بغير عوض أو بمقتضى إباحة مأذون فيه شرعاً على حق يلحق بغيره الضرر أو يخالف حكمة المشروعية، وعلى ذلك فقد استقر لدينا على أن الشر هو مناقضة القصد³⁰.

وعرفها المشرع الفرنسي بموجب المادة 1-132³¹ بقوله: "الشرط التعسفي هو الذي يؤدي اختلال واضح في توازن العلاقة العقدية على حساب الطرف الضعيف فيها أي الطرف المدعن أو غير المهني أو المستهلك".

فالمشرع يقضي من خلال هذا النص بأنه في العقود المبرمة مابين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين تكون تعسفية تلك الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها أضرار بغير المحترفين أو المستهلكين عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد³².

فهذه المادة لا تختلف عن المادة 35 من القانون 10-01-1978 فهما لهما نفس المضمون حيث كان المعيار آنذاك يعتبر الشروط تعسفية كل الشروط التي يظهر أنها فرضت على المستهلك عن طريق التعسف في الهيمنة الاقتصادية لأحد المتعاقدين وما يترتب له عن ذلك من فائدة أو ميزة فاحشة³³.

أما المشرع المصري فقد عرفه في المادة من قانون حماية المستهلك³⁴: " يرد باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأنه خفض اي من التزامات المورد الواردة بهذا القانون أو لائحته التنفيذية أو اغفائه منها".

في حين المشرع الجزائري تناوله في المادة 3/5 من القانون 04-02 بأنه: " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

فالشروط التعسفي لا يرد على عقود الإذعان فقط بل إنه يرد على كل عقد يحتل توازنه وتفتقد العدالة فيه بين طرفيه، فهو من وضع احد المتعاقدين فقط ، أما الآخر فليس له سوى الخضوع لهذا الشرط سواء كانت المناقشة غير متاحة إطلاقا كما هو في عقد الإذعان أو أنها تكون متاحة لكنها مجرد فرض نظري وهمي غير أنها لا تتحقق لأن الطرف الضعيف يكون مجبرا على عدم الالتفات إلى الشروط التي فرضت عليه.

ثانيا / موقف المشرع الجزائري حول نطاق الشروط التعسفية:

والملاحظ للمادة 5 من القانون 04-02 المعدل والمتمم يجد أن المشرع الجزائري لم يقصر مفهوم الشرط التعسفي على عقود المستهلكين وإنما مد مفهومه إلى عقود المهنيين وهو بذلك اتبع نهج المشرع الألماني إذ أنه من بداية وضع القانون 04-02 تضمن مفهومها واسعا للشروط التعسفية، فبالرجوع الى نص المادة 03 من القانون 04-02 والمادة 01 من المرسوم 06-306³⁵ المعدل والمتمم نجد أن المشرع الجزائري أخذ ما اعتمده المشرع الفرنسي في تعريفه لعقد الإذعان ذلك أنه لم يذكر الاحتكار وذلك وفق تصور حديث كما جاء في القانون سالف الذكر فالمشرع الجزائري هجر التصور التقليدي لمفهوم عقد الإذعان والذي يحدد في نطاق ضيق تحده خصائص محددة، و المشرع الجزائري دفعه إلى هذه الفكرة الأكثر اتساعا عوامل السوق والإنتاج والتوزيع وهو اتجاه الفكر القانوني المعاصر³⁶ ، وذلك أن أثر الإنتاج والتوزيع للسلع والتركيز الصناعي والرأسمالي أدى لظهور عدم المساواة بين المهنيين والأجانب نتيجة التفوق الكبير لصالح المهنيين في العلاقة التعاقدية ويكون الطرف الآخر ضعيف حتى في ظل انعدام الاحتكار وانتشار المنافسة الحرة وعدم التساوي بين أطراف العقد يظهر في العلاقة بين المنتجين والموزعين من جهة والمستهلكين من جهة أخرى³⁷.

فهو ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقتضي به العدالة التي تقر للقاضي السلطة التقديرية للطابع التعسفي.

وهذا التعريف متأثر بنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تقر للقاضي السلطة التقديرية لتقدير الطابع التعسفي بقولها: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة...".

فالفقه الجزائري اعتمد على معيارين في آن واحد لتحديد الصفة التعسفية للشروط الأول هو معيار الميزة الفاحشة ومعيار العدالة غير أن هذا الأخير غير واضح وغامض لاختلاف مفهوم العدالة من شخص لآخر ومن قاضي لآخر و هو قد يؤدي إلى تضارب الأحكام بين الفقهاء بصدد نفس الشرط. فهو الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة ما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المخرر مسبقا من طرف واحد بواسطة المهني ويقتصر دور المستهلك على القبول أو الرفض وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أو كانت أثرا من آثاره.³⁸

ولا توجد في التشريع المدني الجزائري نصوص تحمي المستهلك من الشروط التعسفية إلا في نطاق عقد الإذعان فقط، فقد اعتبر المشرع الجزائري الشروط التي تجب الحماية ضدها هي الشروط التي يفرضها أحد المتعاقدين وتكون محررة مسبقا ويدعن لها المستهلك أي أن مجال الحماية محصور بدائرة عقود الإذعان فقط كما حصر المشرع هذه الحماية على المستهلك فقط.³⁹

ولقد تركت السياسة التشريعية مهمة تحديد وتعريف الشروط التعسفية إلى القاضي الذي يقوم بالرقابة عليها، في ضوء أحكام ومبادئ العدالة وهو أمر أثار العديد من الخلافات بين من يرى ضرورة تدخل القضاء بجرأة لتوسيع دائرة الحماية من الشروط التعسفية، ومدها إلى أشخاص آخرين وبين من يرى أن القضاء لا يجب أن يتوسع تحت ستار التفسير ويقوم بالتوسع في تحديد هذه الشروط ومد نطاقها ونظامها القانوني إلى طوائف أخرى تستحق الحماية.⁴⁰

فالمتعمن للقانون المدني الجزائري والمصري⁴¹ يظهر لأول مرة أن وجود الشروط التعسفية يرتبط وجودا وعدمها بعقد الإذعان، لكن هذا الارتباط لا يعبر غالبا عن الواقع، فالشروط التعسفية يمكن أن توجد في عقود أخرى غير عقود الإذعان كما أن هذه العقود يمكن أن تتم دون أن تحتوي على أي شروط.

إن ربط هذه الشروط التعسفية بعقود الإذعان أدى إلى حصرها في نطاق ضيق وهو نطاق الشروط المجحفة بالطرف المذعن فقط في العلاقة التعاقدية لكن الواقع يثبت أن هناك أشخاص لا يتوافر فيها وصف الطرف المذعن.

ورغم ما يملك الطرف القوي من سلطة تمكنه من صياغة العقود بشكل منفرد دون تدخل من الطرف الآخر غير أن هذا لا يعني الارتباط للشروط التعسفية بعقود الإذعان فإنه رغم اتحاد دوائرهما إلا أنه يظل لكل منهما ذاتية المستقلة ومجاله الذي يعمل فيه آثاره⁴²، أي أن الشروط التعسفية لا تحتاج إلى علاقات الإذعان لكي يمكن القول بوجودها كما أنها لا تختفي باختفاء وصف الإذعان من العلاقة التعاقدية كما في حالة توافر عنصر المفاوضة والمناقشة بين الطرفين على بنود العقد وشروطه، فالواقع العملي نفسه يؤكد أن الشروط التعسفية تتوافر في ظل عقود وعلاقات لا ينطبق عليها وصف الإذعان.

والإذعان لم يعد يقتصر على مفهومه التقليدي فما نعيشه اليوم في عصر المعلوماتية والتقدم العلمي والصناعي والتكنولوجي وظهور العقود الالكترونية التي لا تقوم على التفاوض والمساومة حول شروط العقد بل تقوم على شروط نموذجية وضعت سلفا من قبل شركات الإنتاج والتوزيع وهي شروط عامة لا تقبل المناقشة تضعها هذه الشركات وتطرحها على الراغبين في التعاقد عبر شركة الانترنت .

فالإذعان شكل صفة أساسية لمثل هذه العقود إلا أن شروط الإذعان في هذه العقود لم تعد تتمثل في شخص معين يحتكر سلعة أو خدمة بل اتخذ الإذعان في تلك العقود صورة جديدة تتمثل في إذعان الطرف الضعيف من حيث الدراية والعلم للطرف الآخر ذي الخبرة والمعرفة، وبالتالي يقدم على إبرام وهو غير عالم بصورة كاملة أو جزئية عن الجوانب المتصلة بالعقد والتي لو علم بما لما أبرم العقد وهذا هو المفهوم الموسع لعقد الإذعان في وقتنا الحالي حيث أن المفهوم التقليدي لعقد الإذعان أصبح قاصرا على مواكبة وتلبية مستجدات التطور العلمي والتكنولوجي في إطار إنتاج السلع والخدمات والذي فرض التعاقد وفق شروط لا يقبل فيها الموجب أية مناقشة فلم يعد من المناسب ربط فكرة الإذعان بالظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تحيط بالتعاقد إنما لا بد من الأخذ بمفهوم موسع لفكرة الإذعان حتى تستوعب التوسع الحاصل في حاجات المستهلك وتوفر له سبل الحماية في ظل تفشي ظاهرة العقود النموذجية المطبوعة في شأن سلع وخدمات كثيرة أصبحت في معظمها ضرورية لحياة المستهلك.

ثالثا/ موقف المشرع الفرنسي حول نطاق الشروط التعسفية:

المشرع الفرنسي عندما عرف الشرط التعسفي جعل له عنصرين هما الميزة الفاحشة واستغلال النفوذ الاقتصادي ، فطبقا لهذا المفهوم يصبح كل شرط صحيح يفرضه الطرف القوي سواء أكان ذلك من الناحية الاقتصادية أو من الناحية الفنية على الطرف الأقل خبرة أو كفاءة مما يؤدي إلى تحقيق ميزة فاحشة لمصلحته وعلى حساب مصلحة الطرف الآخر يمكن أن ينطق عليه وصف التعسف ومن ثم إيراده في تلك القوائم⁴³ ، ولكنه جاء بوضوح أكبر ونص على أنه: "كل شرط أو مجموعة الشروط المؤدية للإضرار بالمستهلك من خلال إيجاد عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف وذلك في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين بدون أي إمكانية حقيقية للتعديل له"⁴⁴.

فالشرط التعسفي هو عبارة عن الاستعمال السيئ للمهني لقدرته الاقتصادية، غير أن الواقع يشير إلى القدرة الفنية فقد يكون أحد المتعاقدين ملما بالجوانب القانونية لشؤون التعاقد فيضمن عقده شروط يمكن أن ينطبق عليها وصف التعسف فضلا على ذلك فإن الشروط التعسفية تفرض على غير المهني فرضا، وهو ما يدل على عدم الرضا أو الإكراه، وربما كان مرد ذلك أن القضاء الفرنسي اتخذ من رقابته على ركن الرضا وسيلة لمواجهة الشروط التعسفية غير أن موقف القضاء أقرب للواقع.

لكن بعد إصدار المشرع الفرنسي قانون 96/95 المعدل والمتمم للقانون 1993/07/26 والمتعلق بالاستهلاك استجابة للتوجيه الأوروبي 1993/04/05 والقاضي بوجوب تعديل قوانين الدول الأوروبية لتنسجم معه في مادة الشروط التعسفية. أصبح تعريفها بموجب المادة 132-01 حيث تنص: "الشرط التعسفي هو الذي يؤدي إلى اختلال واضح في توازن العلاقة العقدية على حساب الطرف الضعيف فيها أي الطرف المدعن أو غير المهني أو المستهلك"، فهذه المادة

تقضي بأنه في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين تكون تعسفية تلك الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها أضرار بغير المحترفين أو المستهلكين عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد⁴⁵ .

فهذه المادة لا تختلف عن المادة 35 من القانون 10-01-1978 فهما لهما نفس المضمون حيث كان المعيار آنذاك يعتبرها تعسفية كل الشروط التي يظهر أنها فرضت على المستهلك عن طريق التعسف في الهيمنة الاقتصادية لأحد المتعاقدين وما يترتب له عن ذلك من فائدة أو ميزة فاحشة⁴⁶ ، فالمرشع الفرنسي يرى أنه من الضروري أن يكون الشرط المفروض بين مهني ومستهلك أو غير مهني مدرجا في عقد الاستهلاك وليس في عقد الإذعان فقط.

خاتمة:

من خلال ما سبق يمكن القول أن انعدام التوازن العقدي في العلاقة التي تربط بين الطرفين يرجع إلى عدم التوازن المعرفي والقانوني والاقتصادي في مواجهة المتدخل صاحب القدرة الاقتصادية والفنية والقانونية ، كما أنه يكون على دراية بكل البيانات والمعلومات الجوهرية التي من شأنها التأثير في قرار التعاقد أو مضمونه مساهم في ظهور عقود الاستهلاك التي في الأغلب تكون بطريقة عقد الإذعان والعقود النموذجية وما على الطرف الضعيف إلا الانضمام إلى العقد والموافقة على شروطه المحررة مسبقا حتى وإن كانت مجحفة في حقه دون أن يكون له الحق أو صلاحية مناقشتها، غير أن هذا لا يعني بالضرورة ارتباط الشروط التعسفية بعقود الإذعان فكل عقود الإذعان هو عقد استهلاكي ، غير أنه ليس كل عقد استهلاكي يمكن اعتباره عقد إذعان الذي يقوم أساسا على عنصر الاحتكار.

صحيح ان القانون يضع الخطوط العريضة التي تعلن عن رغبة المشرع في عدم إدراج الشروط التعسفية بعقود الإستهلاك ولكنه لم يضع حلا عمليا مباشرا ومحددا لتحقيق هذه الرغبة ورغم ذلك فقد نص القانون على بعض الوسائل التي تمكن من تحقيق هذه النتيجة حينما ترك الامر للسلطة التنفيذية وتدخل لجنة الشروط التعسفية لتحديد الشروط التعسفية التي تخل بالتوازن العقدي.

نلاحظ أن التشريعات التي تسعى لحماية المتعاقد الضعيف من خلال قواعد العقد الاستهلاكي توفر حماية أكبر من التشريعات التي تسعى لحماية هذا المتعاقد من خلال قواعد عقد الإذعان فهي تخص بقواعد الحماية كلا من الطرفين على عكس عقد الإذعان الذي يخص بالحماية الطرف المدعى فقط.

لا بد على المشرع الجزائري تدارك التناقض الموجود في القانون المدني وذلك بتوسيع دائرة الحماية لتشمل جميع العقود بما فيها عقود المساومة وعدم حصرها في عقود الإذعان فقط.

قائمة المراجع:

الكتب :

- 1/ ابن منظور ، لسان العرب، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر .
- 2 / إبراهيم سيد أحمد ، الشرط الجزائري في العقود المدنية بين القانونية المصري والفرنسي ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر، طبعة 01 ، 2003.

- 3/ إبراهيم عبد الحميد داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية، مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دراسة الجامعة الجديدة مصر، بدون طبعة، 2014.
- 4/ أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة، بدون طبعة، 1994 .
- 5/ احمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، طبعة 01، سنة 2011.
- 6/ أسامة أحمد بدر ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2005، ط1.
- 7/ أمانح رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، طبعة 01، سنة 2011.
- 8/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني مطبعة السلام ، المجلد الأول ، مصر، طبعة 04، سنة 1987.
- 9/ السيد محمد السيد عمران، الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شركة الانترنت، الدار الجامعية ، بدون طبعة، 2006.
- 10/ عبد المنعم أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد البرمجيات الحاسوب ، دار الفكر الجامعي ، مصر، طبعة 01، 2015.
- 11/ فراس جبار كريم الروازق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع ،مصر، طبعة 01، 2017.
- 12/ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، طبعة 1، 2008.
- 13/ لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، بدون طبعة، 1990.
- 14/ محمد بودالي ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن دراسة مقارنة ، دار هومة، بدون طبعة، 2007.
- 15/ محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، مصر، بدون طبعة، 2007.
- 16/ محمد حسين قاسم، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، طبعة 1، سنة 2020،
- 17/ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 1، 2002.
- 18/ معراج جديدي، محاضرات في قانون التامين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2، 2007.
- 19/ معجم المنجد في اللغة والإعلام، منشورات دار الشرق، بيروت، طبعة 17.
- 20/ نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، منشورات زين الحقوقية، لبنان، طبعة 1، سنة 2018.

الرسائل والأطروحات الجامعية

- 21/ بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، الجزائر ، 2015-2016 ،
- 22/ زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك الضعيف، دكتوراه، تخصص القانون، تيزي وزو، 2016،
- 23/ عرعاة عسالي ، التوازن العقدي عند نشأة العقد، الجزائر، رسالة دكتوراه، تخصص القانون، 2015، ص

المقالات :

- 24/ منصور حاتم، إيمان طارق مكي، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، السنة الأولى، العدد الأول، 2009.

الوثائق القانونية :

- 25 / الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
26 / القانون 04-02 المؤرخ في 23/06/2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية معدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 15/08/2010 ج.ر رقم 46. مؤرخة في 18/08/2010.
27 / مرسوم تنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين، المعدل والمتمم ، جريدة رسمية عدد 56 ، المؤرخ في 11/09/2006.
التهميش:

- 1 / معراج جديدي، محاضرات في قانون التامين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر طبعة 2، 2007، ص 38.
2 / الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
3 / تص المادة 622 من القانون المدني الجزائري على: " يكون باطلا مايرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية:
- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جناية عمدية.
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.
- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.
- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.
- كل شرط تعسفي آخر يبين أنه لم يكن لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤمن منه.
4 / إبراهيم عبد الحميد داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية دراسة تحليلية، مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دراسة الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص 58.
5 / إبراهيم عبد الحميد داود مرجع سابق، ص 59.
6 / لشعب محفوظ بن حامد عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، 1990، ص 58.
7 / محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري والقانون المقارن دراسة مقارنة، دار هومة ، الجزائر، 2007، ص 15
8 / محمد بودالي، مرجع سابق ص 15
9 / محمد بودالي ، مرجع سابق ص 16
10 / محمد بودالي ، مرجع سابق ص 16
11 / إبراهيم سيد أحمد ، الشرط الجزائري في العقود المدنية بين القانونية المصري والفرنسي ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر ، طبعة 01 ، 2003، ص 49.
12 / مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة 1، 2002، ص 103.
13 / معجم المنجد في اللغة والإعلام ، منشورات دار الشرق، لبنان ، طبعة 17، ص 71.

- 14 / القانون 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية معدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 2010/08/15 ج.ر. رقم 46. مؤرخة في 2010/08/18.
- 15 / بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، رسالة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، الجزائر، 2015-2016، ص 236، ص 236.
- 16 / "هي تلك العقود التي تعد مسبقا وتحدد شروطها سلفا وفق نمط معين وبصورة تتمكن بها من مواجهة الظروف الموحدة في التعاقد، وتلائم مع السرعة والكثافة التي تتميز بها المعاملات في الوقت الحاضر بهدف توفير الوقت وتقليل الجهد والنفقات" انظر عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، طبعة 1، 2008، ص 325.
- 17 / زوية سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك الضعيف، دكتوراه، تخصص القانون، تيزي وزو، 2016، ص 33.
- 18 خالد ممدوح ابراهيم، ابرم العقد الالكتروني، الدار الجامعية، مصر طبعة 01، سنة 2007، ص 74.
- 19 / نسرين حسين ناصر الدين القوة الملزومة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، منشورات زين الحقوقية، لبنان، طبعة 1، سنة 2018، ص 192.
- 20 / لشعب محفوظ، مرجع سابق، ص 58.
- 21 / أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 1، 2005، ص 192.
- 22 / سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مطبعة السلام طبعة 4، 1987 المجلد الأول، ص 117.
- 23 / أمانح رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، طبعة 1، 2011، ص 171.
- 24 / منصور حاتم، إيمان طارق مكى، القوة الملزومة للشروط الأحادية التحرير في العقد، بحث منشور في مجلة المحقق الخلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، السنة الأولى، العدد الأول، 2009، ص 318-319.
- 25 / محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 80.
- 26 / محمد حسين قاسم، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، طبعة 1، سنة 2020، ص 91.
- 27 / ابن منظور، لسان العرب، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر ص 39.
- 28 / احمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 1، 2011، ص 150.
- 29 / عبد المنعم أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد البرمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة 1، 2115، ص 43.
- 30 / عبد المنعم أحمد خليفة، مرجع سابق، ص 46.

31 / L132-1 C.C.F :en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause le demander nn'est pas dispense d'apporter la prevue du caractère abusive de cette clause.

- 32 / أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص 32.
- 33 / محمد بودالي، مرجع سابق، ص 18.
- 34 / قانون رقم 181 لسنة 2018 الصادر بتاريخ: 2018/09/13.
- 35 /مرسوم تنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 56، المؤرخ في 2006/09/11.
- 36 / أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة، 1994، ص 08.
- 37 / أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 08 وما يليها.
- 38 / أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 215.
- 39 / بن خضرة زهيرة، مرجع سابق، ص 200
- 40 / إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 64.
- 41 / المواد 110 من القانون المدني الجزائري +المادة 149 من القانون المدني المصري.
- 42 / عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 311.
- 43 / فراس جبار كريم الروازق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر طبعة 1، 2017، ص 104.
- 44 / عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، الجزائر،رسالة دكتوراه،تخصص القانون، 2015، ص 170.
- 45 / أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص 32.
- 46 / محمد بودالي، مرجع سابق، ص 18.