المجلة العربية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
Arab Journal for Humanities and Social Sciences
Impact factor isi 1.651
العدد الثامن والعشرون / كانون أول _ 2024

الحماية الموضوعية المستهلك في ظل وجود الشروط التعسفية

Substantive consumer protection in the presence of arbitrary conditions

باحث الدكتوراه

الجامعة الاسلامية في لبنان

Islamic University of Lebanon

وليد خالد جسام محمد

إشراف

الأستاذ الدكتور: محمد دغمان

الملخص

تتناول الحماية الموضوعية للمستهلك في ظل وجود الشروط التعسفية مدى أهمية حماية حقوق المستهلكين من الممارسات التجارية غير العادلة. تتمثل الشروط التعسفية في الأحكام التي تفرضها الشركات، والتي تؤدي إلى إجحاف حقوق المستهلك، مما يخلق علاقة غير متوازنة بين الأطراف.

تسعى التشريعات إلى مواجهة هذه الشروط من خلال فرض التزامات على الشركات للتأكد من عدم وجود أي أحكام تعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين. تعتمد آليات الحماية القانونية على إزالة أو تعديل هذه الشروط، مما يتيح للمستهلكين الحق في التظلم أو المطالبة بالتعويض عن أي أضرار ناتجة.

تلعب الهيئات الرقابية دورًا محوريًا في مراقبة تطبيق القوانين وضمان توازن العلاقة التجارية، مع تعزيز الوعي بحقوق المستهلكين. يتطلب تعزيز الحماية الموضوعية تنسيق الجهود بين المستهلكين، والقطاع التجاري، والهيئات الحكومية، لضمان بيئة تجارية عادلة تدعم حقوق المستهلكين.

الكلمات المفتاحية(الحماية الموضوعية ،المستهلك، الشروط التعسفية)

Abstract:

The objective protection of consumers in the presence of unfair terms highlights the importance of safeguarding consumer rights against unfair commercial practices. Unfair terms are defined as provisions imposed by companies that result in the infringement of consumer rights, creating an unbalanced relationship between the parties involved.

Legislation seeks to address these terms by imposing obligations on companies to ensure that no unfair provisions exist in contracts made with consumers. The legal protection mechanisms rely on removing or modifying these terms, allowing consumers the right to appeal or seek compensation for any resulting damages.

Regulatory bodies play a crucial role in monitoring the application of laws and ensuring balance in commercial relationships while promoting awareness of consumer rights. Enhancing objective protection requires coordinated efforts between consumers, the commercial sector, and government agencies to ensure a fair commercial environment that supports consumer rights

Keywords (substantive protection, consumer, arbitrary conditions).

المقدمة:

من الأمور المسلم بها أنه يجوز للمتعاقدين أن يضمنا العقد أي شرط ينال رضاهما، طالما أن هذا الشرط غير ممنوع قانوناً سواء ورد ذلك بنص خاص أم كان المنع بسبب مخالفته للنظام العام أو الآداب، وهذا الأمر يتماشى مع التراضي الذي هو المبدأ العام في العلاقات التعاقدية، إلا أنه في ظل التفاوت الاقتصادي والاجتماعي والمالي بين الأطراف التي طالما تحدثنا عنه، قد يدفع أحد الأطراف لإملاء شروطه على الطرف الآخر دون فتح المجال لباب التفاوض، وغالباً ما تكون هذه الشروط تعسفية، وقد أطلق على هذا النوع من العقود مصطلح عقود الإذعان، وقد عالجت المبادئ القانونية التقليدية هذه العقود، كما أن المبادئ القانونية الحديثة أضافت حماية جديدة للمستهلك، وهو الشيء الذي سنحاول بحثه، إضافة إلى بحث كل ما يدور في فلك الشروط التعسفية، وخاصة فيما يتعلق بعقود الإذعان ومدى كون عقود التجارة الإلكترونية من ضمن هذه العقود، فضلاً عن دراسة سبل مواجهة الشروط التعسفية[1].

مشكلة الدراسة

تنبع المشكلة من الاختلال الجسيم في التوازن العقدي بين المستهلك (الطرف الضعيف) والمورد أو المحترف (الطرف القوي)، خاصة في ظل الاعتماد المتزايد على العقود المطبوعة والجاهزة (عقود الإذعان) التي لا تتيح للمستهلك فرصة للمساومة أو التفاوض على شروطها، وعليه تُصاغ المشكلة الرئيسية في التساؤل التالي:

ما مدى فعالية الحماية الموضوعية التي يوفرها (التشريع المدني وقانون حماية المستهلك) للمستهلك ضد " الشروط التعسفية الواردة في العقود النموذجية، وهل تضمن هذه الآليات استعادة التوازن العقدي وحماية "حقوق المستهلك الجوهرية؟

1- للمزيد عن هذا الموضوع ينظر: د. عامر قاسم القيسي، تطور القانون الوضعي في أساليب توعية المستهلك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين مجلد 9، العدد 17 كانون الأول، 2006م، ص 122 د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ط 5، مصادر الالتزام، مطبعة بغدادى 1981م، ص87؛ د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص 414 وما بعدها؛ د. موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص263.

ISSN: 2709-5312

أسئلة الدراسة

ما هو المعيار القانوني الدقيق لتحديد ووصف الشرط بأنه تعسفي في ظل غياب تعريف موحد وواضح؟

هل تقتصر الحماية على الجزاء المدني (إبطال الشرط) أم تمتد إلى الجزاء الوقائي (الرقابة المسبقة على الشروط)؟

أهمية الدراسة

تكتسب هذه الدراسة أهميتها من زاويتين رئيسيتين: الزاوية العملية والاجتماعية، والزاوية القانونية والتشريعية

أولاً: الأهمية العملية: تساهم الدراسة في حماية فئة عريضة من المتعاقدين (المستهلكين) من الاستغلال والضرر المالي والمعنوي الناتج عن شروط مجحفة قد تحرمهم من حقوقهم الأساسية (كحقهم في إنهاء العقد أو التعويض)، كما تؤكد الدراسة على مبدأ التوازن التعاقدي، وهو ركيزة أساسية للعلاقات التجارية العادلة والمستدامة في السوق.

ثانياً: الأهمية النظرية: تعمل الدراسة على تحديد الثغرات ونقاط الضعف في التشريعات الحالية التي تتعلق بتنظيم العقود الموجهة للمستهلك، توفر الدراسة أساساً علمياً للمشرعين لاستحداث أو تعديل نصوص قانونية تمنح القضاء أو الهيئات الرقابية صلاحيات أوسع لإبطال الشروط التعسفية وتوحيد المعايير.

أهداف الدراسة

- تحديد المفهوم القانوني الدقيق للشروط التعسفية وتصنيف أنواعها الأكثر شيوعاً في عقود الإذعان.
- تحليل آليات الحماية الموضوعية المتاحة للمستهلك في التشريعات المقارنة.
- تقييم مدى فعاليتها في مواجهة الشروط التعسفية على ضوء الأحكام القضائية.
- تقييم الأداء القضائي والسلطات الرقابية في الكشف عن الشروط التعسفية وإلغائها أو تعديلها، وتحديد المعايير المعتمدة في ذلك.

المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

أول ما يلاحظ أن أغلب تشريعات القانون المدني لم تأت بتعريف للشرط التعسفي، وإنما تولت ذلك البعض منها[2]، كالمشرع الفرنسي الذي عرف الشرط التعسفي في الفقرة الأولى من المادة (1/132) من قانون الاستهلاك الفرنسي، التي نصت على أنه "في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تعتبر تعسفية البنود التي تهدف أو يكون من شأنها إنشاء عدم توازن بليغ بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد على حساب غير الممتهن أو المستهلك"[3].

لقد عرّف التوجيه الأوروبي رقم 13/93 الصادر في 1993/4/5م والمتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين في المادة (3) منه بأنه "الشرط الذي يرد في العقد، ينطوي على تفاوت جليّ خلافاً لما يقضي به مبدأ حسن النية، وضد مصلحة المستهلك، بين حقوق والتزامات الطرفين على حساب المستهلك".

أما المشرع اللبناني، فقد عرّف البند التعسّفي في الفقرة الأولى من المادة (26) من قانون حماية المستهلك، إذ نص على أنه "تعتبر بنود تعسفية البنود التي ترمي أو تؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير" وتعد مبادرة القانون اللبناني في إعطاء تعريف للبند التعسفي خطوة تشريعية مهمة، في وقت كانت تخلو فيه التشريعات اللبنانية من تعريف لهذا البند.

ويبدو لنا أن التعريف الذي أخذ به القانون اللبناني جاء متأثراً بالتوجيه الأوروبي المذكور سابقاً، وقد اعتمد التعريف على الأثر الذي يتركه وجود الشرط في العقد، والمتمثل بفقدان التوازن العقدي ضد مصلحة المستهلك، وهذا ما يثير إعجابنا وما يميز المشرع اللبناني عند إصداره تشريعاً جديداً، إذ يعتمد على آخر ما

2- لقد تولى المشرع الألماني تعريف الشرط التعسفي في سياق حديثه عن الشروط العامة في العقد، وذلك من خلال المادة (9) من قانون 1976م الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن إذ نص على اعتبار الشروط لاغية حينما تكون النصوص ضارة ومجحفة بالشريك بالعقد مع المشترط بطريقة غير معقولة، ويكون ذلك بطريقة تتنافى مع مقتضيات حسن النية، ينظر: قادة شهيدة المسؤولية المدنية للمنتاج، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007م، ص271.

3- رياحي أحمد أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، جامعة حسيب بن بو علي بالشلف ع5، الجزائر، يناير 2006م، ص 344

توصلت إليه التشريعات الحديثة من تطور بهذا الخصوص، وهذا أمر لطالما رغبناه، ونتمنى على المشرع العراقي أن يسلك الخطى نفسها.

أما تعريف الفقه للشرط التعسفي، فإنه البند الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه فارضاً إرادته على الطرف الآخر من أجل تحقيق منفعة غير مألوفة من حقوق الطرف الآخر الذي أذعن له لتسلط من فرضه على العقد[4].

ويُعرف أيضاً بأنه" الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدي لصالح المهني أو المحترف في مواجهة المستهلك الذي لا تتوافر لديه الخبرة الفنية أو الاقتصادية[5]. ويبدو أن هذا التعريف يؤكد على وجود الشرط التعسفي في العلاقة ما بين المهني والمستهلك فقط، في حين يشير الواقع إلى أبعد من ذلك، وما عقد الاستهلاك إلا واحد من بين العقود الذي قد يتواجد فيه مثل هكذا شرط.

لقد أعطى جانب آخر من الفقه للشرط التعسفي مفهوماً يختلف باختلاف الزاوية التي يُنظر من خلالها إليه، فمن جانب أطراف العلاقة العقدية، يُعرف بأنه الشرط الذي يفرض على المستهلك من قبل المهني أو البائع، متعسفاً في استعمال قوته الاقتصادية بهدف الحصول على ميزة مجحفة. ومن حيث طريقة فرضه يعرف بأنه الشرط الذي يتم تحريره مسبقاً من قبل الطرف صاحب النفوذ الاقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة أعلى بالمقارنة مع الطرف الآخر[6]، وبالمعنى نفسه يعرف بأنه كل شرط تعاقدي يهدف إلى تحقيق منفعة أو ميزة لمصلحة الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف[7] ومن خلال الأثر الذي يخلفه على العلاقة العقدية، فيعرف بأنه الشرط الذي يؤدي إلى حصول اختلال في التوازن العقدي لمصلحة الشخص الذي يفرضه على الطرف الآخر الذي لا خبرة له[8].

ويبدو لنا أن هذه التعريفات قد ركزت على الميزة التي يحصل عليها المتعاقد المتعسف، وأغفلت ذكر رد فعل الطرف الثاني في العقد من جانب حقه في التفاوض على الشرط أم لا، ولذلك يمكننا تعريف الشرط

4- مصطفى العوجي، القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2022، ص 764.

5- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، 2008، ص 264.

6- سعيد سعد عبد السلام التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان دار النهضة العربية القاهرة، 1998م، ص 50.

7- سليمان يراك الجميلي الشروط التعسفية في العقود دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة النهرين 2002م، ص 10.

8- حمد الله محمد حمد الله حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي الإسكندرية، 1997م، ص53.

التعسفي، بأنه الشرط الذي يستأثر بوضعه الطرف القوي في العقد، لأجل تحقيق أهداف شخصية دون مراعاة إرادة ومصلحة الطرف الآخر، الذي يتحمل عبء الشرط دون أن يملك حق التفاوض بشأنه. وقد راعينا احتواء التعريف على ما يلي:

- إن الشرط خارج عن مقتضى العقد بحيث يغير من آثاره.
- لا يكفي استئثار أحد الأطراف بوضع الشروط حتى تضفي عليها الصفة التعسفية، لأن التحرير الأحادي الجانب للعقود النموذجية أصبح اليوم ضرورة وخاصة في عقود التجارة الإلكترونية، لذلك أكدنا على أن الاستئثار يكون من الطرف القوي.
- الشرط التعسفي هو من وِضْع الطرف القوي في العقد، أياً كانت هذه القوة، سواء اقتصادية، أو معرفية، أو عملية.
- لا يملك الطرف الثاني في العقد حق التفاوض بشأن الشرط، فضلاً عن تحمله آثار هذا الشرط.

أما عناصر الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، هما:

العنصر الأول: تعسف المهني في استخدام نفوذه الاقتصادي

إن استخدام الشرط التعسفي عند إبرام العقد يرتب من ورائه عيباً في الرضا يمس بالإرادة، ويمكن أن نتلمس من هذا التعسف نوعاً من التدليس الذي يدخل ضمن المفهوم العام لعدم الأمانة، أو ما يسمى بتعسف الموقف، تمييزاً له عن التعسف في استعمال الحق المعروف في القواعد العامة، الذي يعني تجاوز الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية، ويتضح ذلك جلياً في ما تشهده معاملات التجارة الإلكترونية من تفوق واضح للمهني في المجال العلمي والاقتصادي مقارنة بالمستهلك، وهي الحالة التي تبرز فيها مظاهر استغلال المهني لحاجة المستهلك للسلع والخدمات، ومن ثم إمكانية فرض شروط عليه، ويكون رد الفعل حيال ذلك أما القبول أو الرفض، دون إمكانيه الدخول في مفاوضات المناقشة الشروط، وهذا ما يضعف إلى حد كبير حرية الاختيار[9].

9- غازي خالد أبو مرعي، حماية رضاء المستهلك، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد السادس والثلاثون، ع1، الجامعة الأردنية، أيار، 2009م، ص 193.

العنصر الثاني: الفائدة الكبيرة التي يحصل عليها المهني

لا تتعلق الصفة التعسفية بالفائدة التي يحصل عليها المهني بالثمن فقط أو أنها ذات طابع مالي، ولكن الواقع يشير إلى غير ذلك، إذ أن تقدير الصفة التعسفية يرتبط بمدى الاختلال الكبير بين الحقوق والالتزامات بين أطراف العقد الناجم عن وجود شرط منتقد من ناحية شكله أو أسلوبه وطريق تعاطيه في العقد.

يبدو أن المادة (1/5/132) من قانون الإستهلاك الفرنسي تفيد إلى أن الطابع التعسفي للشرط يقدر عند إبرام العقد استناداً إلى كل ما يحيط بإبرام العقد من ظروف، فضلاً عن الشروط الأخرى للعقد، ويقدّر أيضاً بالاستناد إلى الظروف والشروط التي قد يتضمنها عقد آخر، حينما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يرتبط أحدهما بالآخر، كما يحصل بالنسبة للقرض المرتبط بالبيع.

الفرع الثاني: مدى اعتبار عقود التجارة الإلكترونية من عقود الإذعان

من العدالة اعتبار العقود التي يبرمها المستهلك بوسائل إلكترونية، من بين عقود الإذعان[10]، على اعتبار أن المستهلك هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، مما يفتح الباب أمام هذا الأخير للحصول على الحماية القانونية عندما يقوم المهني بوضع بعض الشروط التعسفية.

إن التساؤل الأول الذي يتبادر إلى الذهن هو مدى إمكانيه انطباق الشروط الواجب توافرها في عقد الإذعان على عقد التجارة الإلكترونية، وهل يمكن التسليم بانطباق الوضع الذي يكون عليه المستهلك مع الطرف المذعن في عقد الإذعان؟

إن عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط يضعها الموجب مسبقاً، يرد على سلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، ولا يقبل التفاوض عليها، أو تكون المناقشة في إطار ضيق أو محدود، لذا فإن الرضا موجود ولكنه مفروض عليه، والإكراه في هذه العقود ليس إكراها في عيوب الإرادة، وإنما هو إكراه ناجم عن عوامل اقتصادية أكثر من ارتباطه بالعوامل النفسية[11].

10- إن أول من اطلق هذه التسمية العلامة الدكتور عبد الرزاق السنهوري، وهي تسمية أصح مما ورد في التسمية الفرنسية التي قال فيها الأستاذ سالي (إعلان الإرادة، فقرة (89) والتي معناها عقد انضمام contract d'adhésion لأن الإذعان فيه معنى الاضطرار في القبول في حين الانضمام ذات دلالة أوسع من ذلك، إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة؛ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية القاهرة، 1974م، ص135.

11- عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة)، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2000م، ص 229.

أما في سياق معالجة المشرع المصري لوجود الشروط التعسفية في عقد الإذعان، فقد نصت المادة (149) من القانون المدني المصري على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، وبالنهج نفسه صاغ المشرع العراقي الفقرة الثانية من المادة (167) من القانون المدني العراقي، والمتبصر لنص المادتين، يجد أن لا فرق يذكر بينهما إلا في استعمال المشرع المصري عبارة (جاز للقاضي) في حين استعمل المشرع العراقي عبارة (جاز للمحكمة).

من الواضح أن المشرعين كانا يرومان حماية الطرف المذعن في مواجهة تعسف الطرف الأقوى الذي غالباً ما يبادر إلى إدراج شروط تعسفية لا تقبل النقاش في إيجابه، ولا مناص للطرف الآخر من القبول لأنه يتعاقد مع محتكر لسلعة أو مرفق عام[12]. وكما بينا أن المشرع العراقي والمصري قد تعمدا عدم تحديد المقصود بالشروط التعسفية، وإنما تُرِكَ ذلك لقاضي الموضوع الذي له سلطة تحديد ذلك، مستعيناً بالظروف المحيطة بالتعاقد[13].

ولو حاولنا مطابقة هذه الشروط على عقد التجارة الإلكترونية، فلن نجدها متطابقة تماماً، وخاصة بالنسبة للمستهلك مقارنة بالطرف المذعن في عقد الإذعان، إذ أن مسألة السلعة ضرورية بالنسبة للمستهلك هو أمر وارد في عقد التجارة الإلكترونية، وكذلك بالنسبة لشرط صدور الإيجاب للجمهور كافة ولمدة غير محددة، فأغلب الإعلانات التي تصدر عبر الشبكة الإلكترونية تكون لمدة غير محددة ولعدد غير محدد من المتبحرين غير الشبكة، أما فيما يتعلق باحتكار البائع أو المهني للسلعة أو المنتج، فهنا يكمن الاختلاف، إذ غالباً ما تكون السلع والمنتجات متاحة عند الكثير من الشركات أو المحلات التجارية الافتراضية. ومع ذلك فإن المفهوم الحديث لعقود الإذعان[14]، يرى بأنه العقد الذي يعدّه مسبقاً أحد الأطراف والذي يتولى تحديد مضمونه وبيان الحقوق والالتزامات الناتجة عنه، أخذاً بنظر الاعتبار تحقيق مصلحته، دون أن يكون للطرف الثاني حق التفاوض أو المناقشة بخصوص ذلك المضمون، لذا فإن هذا الفقه يميل إلى عدم التمسك الحرفي لشروط عقود الإذعان فيما يتعلق باشتراط تعلق العقد بالسلع أو الخدمات الضرورية، أو أن تكون هذه الأخيرة محل احتكار فعلي أو قانوني من قبل البائع أو المهني، خاصة وإن المادة (100) من القانون المدني

12- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص136.

13- عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة المرجع السابق، ص229.

14- محمد حسين منصور مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000م، ص 73-174 .

المصري لم تشترط الاحتكار أو السيطرة بل يكفي أن يكون العقد مجهزاً مسبقاً من قبل أحد المتعاقدين، بحيث لا يقبل التفاوض بشأن الشروط الواردة فيه[15].

وهناك من يرى بأن شركات الاحتكار في عقود الإذعان تحمل من الصفات ما يجعلها قريبة من وصف شركات التجارة الإلكترونية العملاقة في مواجهة المستهلك، وأياً كانت المفاضلة بين السلع والخدمات المتاحة أمام هذا الأخير، فإن الدعاية الإلكترونية الواسعة الانتشار التي تتم عبر شبكة الإنترنت وكذلك القوة الاقتصادية التي تتمتع بها الشركات تجعل المستهلك في حاجة ماسة إلى الحماية من خلال رفع مظاهر الإذعان وتخليص المستهلك من أعباء الشروط التعسفية التي قد تتخلل العقد، وفي السياق نفسه هناك من يرى بأن عقد التجارة الإلكترونية هو عقد إذعان بالنسبة للمستهلك، استناداً إلى حقائق ،موضوعية منها أن المهني (الموجب) متفوق من الناحية الاقتصادية والمعلوماتية، وأن العقد يتعلق بسلع أو خدمات لا يستطيع المستهلك أن يستغني عنها ما دامت تلبي حاجاته الشخصية، إضافة إلى أن الإيجاب الإلكتروني يصدر بصورة دائمة إلى عدد غير محدد من الجمهور وتتم صياغته بما يحتويه من شروط في صورة نموذجية إذ تكون الصياغة فنية معقدة ينقصها الوضوح ويصعب فهمها بالنسبة للمستهلك العادي، كما أن المستهلك لا يجد إلا الخضوع لهذا الإيجاب بما يتضمنه من شروط مطبوعة، مما يولد اختلالاً عقدياً واضحاً، ولا يملك المستهلك إلا رفض العقد أو قبوله كما هو[16]، ويجد هذا الرأي سنده في نص المادة (1/132) من قانون الاستهلاك الفرنسي، التي عدت شرطاً تعسفياً، كل شرط ينشئ من حيث الموضوع أو من حيث الآثار، اختلالاً في التوازن العقدي بالنسبة للحقوق أو الالتزامات، ليصب في مصلحة المهني في مواجهة المستهلك[17].

وهناك رأي آخر مشابه، يرى بأن عقد التجارة الإلكترونية يقترب من عقد الإذعان، لأنه غالباً ما يتم بصيغة نمطية، إذ يتم إعداده مسبقاً من قبل أحد طرفيه، واضعاً ما يلائم مصلحته من شروط، تاركاً للطرف الآخر رفض أو قبول هذه الشروط دون مناقشة أو تعديل، وبذلك يتعلق باب المساومة والتفاوض بين

15- حسام الدين الاهوائي النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية للالتزام دار النهضة العربية القاهرة 2001م، ص 1113 .

16- عمر حسن المومني، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، ط1، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2005م، ص 34.

17- خالد ممدوح إبراهيم إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 62، د. عبد الحق حميش حماية المستهلك الإلكتروني بحث منشور في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، للفترة من 10 12 مايو 2003م، ص1289.

المتعاقدين[18]، وخير مثال على ذلك ما وضعته شركة ديل (Dell) من شروط على موقعها، إذ ينص الشرط الثاني على أنه "يطبق هذا العقد على البيع أو تقديم الخدمات، وكل تغيير لا يمكن إجراؤه إلا بواسطة دليلاً خطياً، تستبعد أو تحذف كل شروط أخرى للشراء، ومن خلال إرسال طلبياتكم، تقبلون صراحة هذا العقد، وإن الفرصة متاحة لنا لتغييره أو تعديله"، وكذلك وما وضعه الموقع الفرنسي للمكتبة الافتراضية "أمازون (من شرط مشابه) أن كل شرط غير مطابق لشروطنا العامة هو مرفوض"، ويبدو أن هذه العقود لا تدع مجالاً للشك بأنها من عقود الإذعان.

بينما هناك اتجاه آخر يرى بأن عقد التجارة الإلكترونية هو ليس من عقود الإذعان، إذ يستطيع الموجب له المساومة على شروط العقد، وبوصفه مستهلكاً يملك الحرية الكافية في مع أي مهني أو تاجر آخر إذا كانت الشروط المعروضة على شبكة الإنترنت لا تحقق مصلحته أو لا تشبع حاجاته الشخصية إذ يستطيع الانتقال إلى موقع آخر دون عناء ليختار ما يشاء ويدع ما يشاء، وبذلك تمتلك عقود التجارة الإلكترونية المساحة الكافية من الرضائية، مثلها مثل باقي العقود[19].

وهناك من يرى[20] بأن عدّ عقود التجارة الإلكترونية من عقود الإذعان، مسألة محل نظر باعتبار أن التفاوت في المراكز القانونية وان كان متحققاً. في كل من العقدين المذكورين، إلا أن السبب مختلف في كل منهما، ففي حين يرجع السبب في عقود الإذعان إلى حاجة الطرف المذعن إلى إبرام العقد لوروده على سلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي من قبل الطرف الآخر، في حين أن التفاوت في المراكز القانونية بين المستهلك والمهني في عقود التجارة الإلكترونية إنما يعود إلى التفوق الاقتصادي أو الفني أو المعلوماتي لمصلحة هذا الأخير في مواجهة المستهلك.

ويبدو لنا أن هذا الرأي لا يختلف كثيراً عن الرأي السابق الذي يستبعد عقود التجارة الإلكترونية من طائفة عقود الإذعان. ومن جهة أخرى، هناك رأي وسط يرى[21] أنه لتحديد طبيعة عقد التجارة الإلكتروني، فيما إذا كان عقداً رضائياً أو من عقود الإذعان، يجب الأخذ بنظر الاعتبار الوسيلة المستخدمة في الاتصال

18- إبراهيم الدسوقي أبو الليل إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول للجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، كلية شرطة دبي 26-28 أبريل 2003م، ص 248.

19- سمير برهان إبرام العقد في التجارة الإلكترونية بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، المنعقد في القاهرة في مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي خلال الفترة 12 13 يناير، 2002م، ص9

20 آلاء يعقوب النعيمي، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين مجلد 18، عدد 14، بغداد، أيلول 2005م، -100.

21- خالد ممدوح إبراهيم إبرام العقد الإلكتروني المرجع السابق، ص64-65.

من أجل إبرام العقد الإلكتروني، فإذا تم التعاقد عبر البريد الإلكتروني، أو من خلال برامج المحادثة (chat)، أو . من خلال الوسائل السمعية المرئية، فإن العقد يمكن عده رضائياً بسبب قدرة الطرفين على تبادل الآراء عبر المحادثة أو الرسائل الإلكترونية، ويستطيع المستهلك التفاوض بكل حرية حول شروط العقد، واختيار أفضل العروض المتاحة، لذلك فإن هذه العقود التي تتم عبر هذه الوسائل الإلكترونية تعد من قبيل عقود المساومة. أما إذا تم التعاقد عبر الويب وباستخدام عقوداً نموذجية، تتضمن شروطاً معدة سلفاً. الموجب، من دون فتح المجال أمام الموجب له (المستهلك في الغالب) للمساومة والمناقشة، مما يؤدي إلى حصول اختلال في التوازن العقدي، وفي هذه الحالة يعدّ عقد التجارة الإلكترونية عقد إذعان.

يبدو لنا إن هذا الرأي الأخير هو الأكثر وجاهة، ومع ذلك لا يمكن الأخذ بصورة مطلقة، وذلك حتى في حالة إبرام العقد عبر البريد الإلكتروني أو المحادثة، فإن المستهلك سيواجه شركات عملاقة وقوية سواء على الصعيد الاقتصادي أم التقني، إضافة إلى قدرتها التسويقية والإعلانية ومن جانب آخر، فإن المناخ الذي يعيشه المستهلك عبر شبكة الإنترنت تجعله ينقاد بسهولة نحو إبرام العقد بشروطه كلها دون أخذ الوقت الكافي للتفاوض، إذ بمجرد النقر على لوحة المفاتيح، يجد المستهلك نفسه قد اذعن لكل الشروط التي أملاها المهني عليه.

الفرع الثالث: الحماية التقليدية من الشروط التعسفية

ليس من السهل تجاهل وضع قانوني يتسم باللامساواة بين أطراف العقد، وليس من العدل ترك الطرف القوي ينفرد بوضع ما يشاء من شروط اعتماداً على مبدأ حرية الإرادة، ولذلك ينبغي على القانون التدخل لوضع النصوص الكفيلة بحماية الطرف الضعيف، من حيث أن القضاء لوحده ومن دون سند قانوني يستطيع توفير تلك الحماية بصورة فعالة.

الأصل في القواعد العامة أن العقد شريعة المتعاقدين، وهذه القاعدة تعني أن "الإرادة هي مصدر القوة الملزمة للعقد"[22]، فإرادة الإنسان حرة ولا يقيدها إلا إرادة الإنسان ذاتها، مما يترتب على ذلك أن الأفراد أحرار في إبرام ما يشاؤون من العقود، وتضمينها الشروط المشروعة التي يرغبون، وذلك يرجع إلى أن إرادة

22- عامر قاسم القيسي، تطور القانون الوضعي في أساليب توعية المستهلك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين مجلدة العدد 17، كانون الأول، 2006م، ص 122.

الإنسان لا يمكن أن تتوجه إلا لتحقيق مصلحته ومن ثم فإن الالتزامات التي تنشأ عن تلك الإرادة أياً كانت ومهما كان أثرها لا يمكن أن تكون إلا عادلة[23].

إن البحث في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية اعتماداً على القواعد العامة قد يأخذنا إلى الاستعانة بنظرية التعسف في استعمال الحق أو الاعتماد على مبدأ حسن النية، فضلاً عن دراسة سلطة القاضي في تفسير الشروط الواردة في العقد، وسوف نتناول الفقرة الأخيرة في شيء من التفصيل لدورها المهم في إمكانية توفير الحماية للمستهلك.

أولا: نظرية التعسف في استعمال الحق

يمكن تحقيق الحماية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، فمن الناحية النظرية يكون لكل شخص الحق في أن يعرض للجمهور نماذج متعددة من العقود لأجل شراء السلع أو الحصول على الخدمات، ذلك فلا يجوز له التعسف في استعمال هذا الحق بتضمين هذه العقود شروطاً تعسفية.

إن الاعتماد على هذه النظرية بوصفها وسيلة لحماية المستهلك لا تخلو من الصعوبة، وذلك لأن عملية الربط بين الفكرتين غير ممكنة وذلك لان فكرة التعسف في استعمال الحق تأتي في حالات ثلاث، وأشارت إليها المادة السابعة من القانون المدني العراقي، وأيضاً المادة الخامسة من القانون المدني المصري ويكون الاستعمال غير جائز، إذا لم يقصد به إلا الأضرار بالغير أو أن المصالح التي يهدف إلى تحقيقها صاحب الحق قليلة الأهمية بالمقارنة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، أو أن المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة[24].

ومن خلال استقراء النصوص، نجد أن البعض يرى بأن الحالة الثانية هي التي يمكن أن تكون تطبيقاً مباشراً للشرط التعسفي، وخاصة في عقود الاستهلاك، والتي غالباً ما تقترن باستخدام المهني نفوذه الاقتصادي، أذ أن الميزة المجحفة التي تأتي نتيجة وجود الشرط التعسفي، تتمثل في الفرق الكبير بين الضرر الذي يلحق بالمستهلك وبين المنفعة التي تعود على صاحب الحق (المهني) .

ومع ذلك فإذا كان من الممكن مواجهة الشروط التعسفية في العقود من خلال نظرية التعسف في استعمال الحق، إلا أنه ينبغي عدم الخلط بين مفهوم كل منهما، ففي حين يعدّ التعسف في استعمال الحق

23- حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، القاهرة، 1949م، ص25.

24- ينظر نص المادة (7) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (5) من القانون المدني المصري.

إحدى حالات الخطأ التقصيري، مما يترتب عليه نشوء المسؤولية التقصيرية ومن ثم فهو خارج نطاق العقد وان كان تعسفاً متصلاً بالتعاقد، في حين نجد أن الشرط التعسفي موجود ضمن العقد، وأحكامه تدور في فلك العقد.

ثانياً: الاعتماد على مبدأ حسن النية

يجب أن يسود مبدأ حسن النية تنفيذ العقود، ومن بينها عقود الاستهلاك، ولا يتطلب هذا الأمر جانب واحد من العقد بل ينبغي أن يلتزم به كل من الطرفين لذلك فإن الالتزام بالأمانة وشرف التعامل بوصفه أحد صور حسن النية تقع على الدائن والمدين معاً، فكل منهما يلتزم بعدم الغش أو التدليس أو ممارسة الحيل أثناء التعاقد أو تنفيذ العقد[25]، وقد ذهبت محكمة التمييز في العراق في إحدى قراراتها إلى أن الشرط الذي يمنح المؤمن الحق في تحديد تاريخ سريان عقد التأمين، يعد شرطاً تعسفياً لأنه يخالف مبدأ حسن النية في التعامل[26].

ثالثاً: سلطة القاضي في تفسير الشروط الواردة في العقد

لقد منح المشرع العراقي للقضاء سلطة تقديرية يستطيع من خلالها أن يلغي أو يعدل من الشروط التعسفية التي ترد في عقود الإذعان[27]، وهذا النص يعد أداة قوية في يد القاضي يوفر الحماية للمتعاقد من الشروط التعسفية، ويملك القاضي السلطة ما تخوله من تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً، ولا رقابة المحكمة التمييز على تقديره طالما كانت عبارة العقد تدل على المعنى الذي أخذ به، كما أن المشرع لم يرسم بذلك حدوداً إلا ما تقتضيه العدالة، لذلك فإن مسألة كون الشرط تعسفياً أو لا، تعدّ مسألة واقع، يتحرى عنها القاضي في ضوء الظروف المحيطة بالتعاقد، ليقدر مدى ما في الشرط من شدة وقد قررت محكمة التمييز العراقية بأن "العقد المبرم بين السكك الحديدية واحد الأشخاص لنقل بضائعه بعد عقد إذعان، ومن ثم فإن الشرط الذي يجيز لمصلحة السكك الحديدية مضاعفة أجور الخزن[28]، في حالة التأخر في إخراج البضاعة واستلامها من المخازن يعد شرطاً تعسفياً، يجوز للمحكمة تعديله بتخفيض أجور الخزن)، ولا يجوز

25- د. عمر محمد عبد الباقي الحماية العقدية للمستهلك، مرجع سابق، ص 417.

26- ينظر قرار محكمة التمييز العراقية رقم (777)، مدنية أول/1978م في 25/5/1978م، مجموعة الأحكام العدلية، ع2، من 9، 1978م، ص 40

27- ينظر المادة (167) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (149) من القانون المدني المصري.

28- ينظر: عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ط5، مصادر الالتزام، مطبعة بغدادي، 1961م، ص 87.

للمتعاقدين أن يتفقا على سلب القاضي هذه السلطة، ولا يسري حكم ذلك في القانون اللبناني، حيث لم يرد نص بذلك[29].

وكما أن المشرع العراقي والمصري فرضاً على القضاء تفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة المذعن دائناً كان أم مديناً[30]، ومن خلال هذه النصوص يمكن أن نتلمس بعض الآليات القانونية التقليدية لحماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية، وذلك من خلال النقاط الآتية:

1- عدم تحديد المشرع لمعنى الشرط التعسفي

إن هذا الأمر، سواء في التشريع العراقي أم المصري[31] قد فتح الباب على مصراعيه أمام القاضي في الكشف عن الصفة التعسفية في الشرط بالنظر إلى الظروف الوقائع الخاصة بكل قضية على حدة، وبذلك يكون للقاضي دور مهم في إعادة التوازن إلى وضعه الطبيعي عن طريق تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، وعلى ذلك يبدو أن الحكمة من عدم إعطاء مفهوم محدد للشرط التعسفي من قبل التشريع، منح القاضي سلطة واسعة لحماية الطرف المذعن في ظل التغيرات الواسعة في المجال الاقتصادي والاجتماعي المرتبطة بالتقدم العلمي، ومع فإن عدم تحديد المفهوم أو المعايير التي تحكم الشرط التعسفي يولد صعوبة في التمييز بين الشروط التعسفية، ولا شيء يضمن سقوط القضاء في فخ التطرف في تحديد الشروط التعسفية. ويبدو لنا أن هذه الخطوة وان كانت محمودة، ويمكن أن توفر الحماية للمستهلك عند إبرامه عقداً من عقود التجارة الإلكترونية، عندما يكون هذا العقد الأخير من بين عقود الإذعان، إلا أنها قاصرة عن توفير الحماية الكاملة للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية برمتها.

2- أهمية توسيع نطاق الحماية في مواجهة الشروط التعسفية كافة

من بين محاسن عدم تحديد مفهوم الشرط التعسفي شمولية الحماية بحيث تغطي الشروط التعسفية كافة حتى التي علم بها الطرف المذعن وفهم فحواها، أذ أن واقعة علمه أو عدم علمه بشروط العقد ليست لها أثر كبير في انصراف إرادته إلى التعاقد، فهو يتعاقد في ظل وجود إيجاب يصدره الطرف القوي ولا مجال عنده لمناقشة هذه الشروط المفروضة عليه، لذا فإن الحال يستوي عند الطرف المذعن بالنسبة لجميع الشروط التي علم بها أو لم يعلم بها، ومن الجدير بالذكر أن محكمة التمييز العراقية ذهبت إلى أنه "لا يحتج

29- د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، مرجع سابق، ص148.

30- ينظر المادة (167) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (151/1) من القانون المدني المصري.

31- وهناك بعض التشريعات العربية التي سلكت نفس المسار، على سبيل المثال، ينظر المادة (110) من القانون المدني الجزائري، والمادة (149) من القانون المدني الليبي، والمادة (150) من القانون المدني السوري، والمادة (161/1) من القانون المدني الكويتي.

ISSN: 2709-5312

على المذعن بشرط عدم مسؤولية الناقل لأنه لم يكن واضحاً ولم يُكتب بكيفية تسترعي الإنتباه[32]، ويبدو أن المحكمة اعتمدت على مسألة العلم أو عدم العلم بالشرط بوصفه ذريعة لإعفاء الطرف المذعن (المرسل) من الشرط، وهو أمر ليس له ما اعتماداً على أن الطرف المذعن في عقد الإذعان سوف يخضع لجميع الشروط بصرف النظر عن علمه بهذه الشروط أو عدم علمه.

3- سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية

إن سلطة القاضي في التدخل من أجل تحديد مضمون العلاقة العقدية، هو قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لذلك يأتي تدخل القاضي في حالات محددة، الهدف منها ضمان حد أدنى من التوازن في العقود التي تتم بطريق الإذعان، وهي التي تنشأ مختلة التوازن ابتداء، كما أن سلطة القاضي في تعديل الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها تأتي مراعاة لما تقضي به العدالة في العقود الرضائية من حيث إعادة التوازن العقدي لحماية الطرف المذعن من الضرر الذي قد يلحقه من جراء وجود الشروط التعسفية في العقد[33].

إن سلطة القاضي في التعديل، تتمثل بالإبقاء على الشرط مع رفع أوجه التعسف عنه، بحيث يعيد التوازن إلى العلاقة العقدية، أما الإلغاء فيعني رفع الشرط التعسفي نهائياً وإعفاء الطرف المذعن منه نهائيا، وبذلك فإن المشرع قد منح القاضي السلطة ليمارسها بصورة تدريجية تبتدأ بتعديل الشرط من خلال رفع الجور والظلم الذي يحتويه، وتنتهي بإبطال الشرط كله، ويبدو أن هذا الاتجاه يتماشى مع مصلحة المستهلك، الذي يستطيع الحصول على الخدمة أو السلعة، في الوقت الذي يتم فيه تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه مع بقاء العقد صحيحاً.

4- تفسير الشك لمصلحة الطرف المذهن

لقد نصت المادة (166) من القانون المدني العراقي على أنه "يفسر الشك لمصلحة المدين"، كما نصت المادة (167) من القانون نفسه "ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً"[34].

32- ينظر القرار (777) مدنية أولى 1978م في 25/5/1978م، مجموعة الأحكام العدلية، ع 2 س 9، 1971م، ص 32

33- موسى رزيق رضا حامل البطاقة الائتمانية بالعقد والحماية التي يقررها المشرع له بحث منشور في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة صناعة وتجارة دبي الفترة من 10 12 مايو 2012م، ص 1063-1064.

34- كذلك ينظر المادة (151) من القانون المدني المصري.

وإذا عقدنا مقارنة بين النصين لوجدنا أن المشرع استخدم مصطلح الشك من دون أي قيد في الأولى، وجعل التفسير في صالح المدين، في حين أن الثانية قيد التفسير بالعبارات الغامضة، أن لا يكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المذعن دائناً كان هذا الأخير أم مديناً.

إن تحليل هذين النصين يفيد بأن تفسير الشك سيكون في صالح المدين، والمدين بالشرط هو الذي يلقي عليه الشرط عبئاً إضافياً على كاهله، وبطبيعة الحال يكون المدين هو المستهلك وليس المهني لأنه من غير المتصور في ظل وجود و انتشار العقود النموذجية وعقود التجارة الإلكترونية، وانفراد المهني بوضع شروط العقد، أن يكون هناك بند يترتب على وجوده زيادة الأعباء على المهني، لذا فإن المستهلك هو المقصود بالحماية في هذا الفرض أما إذا تعلق الأمر بعقد إذعان، فإنه يجب أن يفسر لمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا عند غموض عبارات العقد. إذ أن الطرف القوي يستقل في وضع الشروط التي تخدم مصلحته، عالماً أن الطرف الآخر سيقبل شروطه في أي صورة تكون، وعلى ذلك فإن الطرف القوي لابد أن يتحمل أثر غموض الصياغة التي استخدمها في إدراج شروطه، والتي كان بوسعه أن يتلافاها، لكي لا يتخذ هذا الغموض سبيلاً لجعل العقد يتضمن شروطاً تضر بمصلحة الطرف المذعن، ولذلك فإن "المحاكم تفسر الشك أو الغموض الذي يكتنف عبارات العقد دائماً وفي كل الأحوال المصلحة الطرف المذعن"[35]. يبدو أن المشرع اعتبر واضع الشرط الغامض سيء النية وأراد أن يعاقبه على ذلك بتفسير الشرط لمصلحة الطرف الثاني.

عوداً على بدء، يمكننا القول بأن الحماية التقليدية في القواعد العامة لا يمكن أن تسعفنا في توفير الحماية الكافية لهذا الأخير، نتيجة للتطورات الكبيرة في العلاقات العقدية، إذ نرى اليوم الشروط التعسفية قد أخذت لها مكاناً في عقود المساومة أيضاً، حيث الشركات الكبيرة والمتاجر الافتراضية على شبكة الإنترنت المحتكرة للسلع والخدمات والتي تعرضها على المستهلكين بأثمان وشروط خاصة لا تقبل النقاش أو المساومة، لذلك لا يمكن عد المعالجة القانونية لعقود الإذعان أكثر من محاولة أولية لحماية المستهلكين من خطر الشروط التعسفية وهي غير كافية لبسط نفوذها على الكثير من التعاملات التي يقوم بها المستهلك، خاصة في التعاملات الإلكترونية.

35- د. محمد عبد الحسين، ظاهر الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ع 2، س 22 مجلة الحقوق كلية الحقوق جامعة الكويت، ربيع الأول، 1419هـ، يونيو، 1988م، 757.

الفرع الرابع: الأسلوب الحديث لمواجهة الشروط التعسفية

في لقد ذكرنا بأن الحماية التقليدية في القواعد العامة لا يمكن أن تسعفنا توفير الحماية الكافية للمستهلك نتيجة للتطورات الكبيرة في العلاقات العقدية حيث الشركات الكبيرة والمتاجر الافتراضية على شبكة الإنترنت المحتكرة للسلع والخدمات التي تعرضها على المستهلكين بأثمان وشروط خاصة لا تقبل النقاش أو المساومة، لذلك لا يمكن عد المعالجة القانونية التي توفرها القواعد العامة لعقود الإذعان أكثر من محاولة أولية لحماية المستهلكين من خطر الشروط التعسفية، وهي غير كافية لبسط نفوذها على الكثير من التعاملات التي يقوم بها المستهلك، لذا مهما حاولنا البحث في القواعد العامة وتفسيرها، فإنها تبقى قاصرة عن بسط نفوذها على ما يستجد من تطورات قانونية على صعيد العقود الإلكترونية بصورة عامة أو على صعيد الشروط نفسها، لذلك كانت هناك رغبات تشريعية لحماية المستهلك في معظم دول العالم، إذ قامت بوضع أسلوب قانوني حديث لإرساء نظام حماية يكون قادراً على مواجهة هذه الشروط التعسفية، وسنتناول ذلك الفقرتين الآتيتين:

أولاً: أسلوب القانون الفرنسي في مواجهة الشروط التعسفية

اعتمد النظام الفرنسي في معالجة الشروط التعسفية على قانون حماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات رقم (23/78) الصادر في 10/ يناير /1978م، ثم تلاه قانون آخر في 5 يناير /1988م، والذي نص على دعوى حذف الشروط التعسفية، ثم تم إدماج القانونين السابقين في قانون الاستهلاك لعام 1993م، ثم ظهر القانون رقم (95/96) الصادر في 1 يناير 1995م، المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين[36].

لقد تولى قانون حماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات لسنة 1978م المذكور في الفصل الرابع منه على حماية المستهلكين من الشروط التعسفية، إذ بعد ما ورد في المادة (35) منه خطوة جريئة وفعالة حينما عرفت الشروط التعسفية بأنها تلك الشروط التي تبدو مفروضة بواسطة المحترفين على غير المحترفين أو المستهلكين من خلال التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي، والتي تسمح بحصول المحترف على

36- قام المشرع الفرنسي بإصدار هذا القانون من أجل إعادة النظر في بعض المسائل التي كان قد نظمها من قبل في قانون حماية وإعلام المستهلكين رقم (78/23) وقانون الاستهلاك الصادر في 26/7/1993م، كما استحدث أحكاماً جديدة لم تكن موجودة فيما سبق، وكان الهدف من ذلك جعل القانون الفرنسي مثلاثماً ومتوافقاً مع التوجيه الأوروبي رقم (93/13) الصادر في 5 أبريل 1993م الخاص بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين د. عمر محمد عبد الباقي الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص 427.

ميزات مبالغ فيها[37] ويبدو أن خطرها يشمل العقود التي يتم إبرامها بين مهني ومستهلك أو مع مهني أي كان. لذا لا يستطيع شاري شقة أن يتمسك بالأحكام المتعلقة بالبنود التعسفية بوجه البائع، على أساس كونه وقع اتفاقية بيع محددة وفق نموذج نشرته شركة متخصصة، طالما أن العقد لم يبرم بين ممتهن ومستهلك[38]. كما لا يمكن للمتعاقد أن يتذرع بالأحكام الواردة في المادة (132/1) من قانون الاستهلاك المتعلقة بالبنود التعسفية عندما يكون للعقد الذي أبرمه علاقة مباشرة مع نشاطه المهني.

وقد كلفت لجنة الشروط التعسفية ذات الرأي الاستشاري بمراجعة العقود النموذجية المطروحة في الأسواق، ويقع على عاتقها أيضاً بيان الشروط التي يجب تعديلها أو حضرها بوصفها شروطاً تعسفية، ويقوم الوزير المكلف بمهمة حماية المستهلك بنشر هذا التقرير[39].

لقد أصدرت هذه اللجنة العديد من التوصيات وقد بلغت حوالي ثلاثين توصية وقد أقرت بعض التوصيات بموجب المرسوم المرقم (464/78) في 24/مارس/1978م بعد أخذ رأي مجلس الدولة الفرنسي من أجل منع أو تحديد وتنظيم الشروط التعسفية، ولهذا المرسوم قوة ملزمة بخلاف توصيات لجنة الشروط التعسفية، التي تفقد أثرها أن لم يأخذ بها القانون أو اللوائح. وقد نص المرسوم السابق على ثلاثة أنواع من الشروط التعسفية[40]، ثم لم يلبث مجلس الدولة أن الغي واحداً من هذه الأنواع[41].

لقد حصل في المناقشات البرلمانية التي جرت قبل المصادقة على قانون 1978م، إذ أن المحترفين رفضوا منح القضاء سلطة تحديد الطابع التعسفي للشرط، كما أن النصوص التشريعية التي تواترت بعد ذلك لم تسهم في منح القاضي سلطة أوسع في إبطال الشروط التعسفية غير المذكورة في المرسوم، ومن ثم أصبح

37- لقد أوردت المادة (35) من حماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات رقم 78/23 تعريفاً للشروط التعسفية.

38- قرار الغرفة المدنية الأول في 4 أيار / مايو 1999م ، نشرة قرارات الغرف المدنية لدى محكمة النقض رقم ،147

39- تتكون هذه اللجنة من (15) عضوا ممثلين عن القضاء والمهنيين والمستهلكين ودورها استشاري فني تساعد على كشف وتنظيم الشروط التعسفية، ولها أن ترفع توصية، الهدف منها تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية المادة (36-38) من قانون حماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات رقم 23/78 الصادر في 10/يناير/1978م.

40- وهذه الشروط هي: 1- منع الشروط التي تنص على إذعان المستهلك لاشتراطات تعاقدية مثل الشروط العامة للبيع أو غيرها، والتي لا تظهر على الوثيقة التي يوقعها.

2- منع الشرط الذي يستبعد أو ينقص حق المستهلك في التعويض عن إخلال المحترف بالتزام من التزاماته، كما هو الحال النسبة للشروط التي ترمي إلى انقاص الضمان القانوني أو تلك التي ترمي إلى إعفاء المحترف من المسؤولية عن التأخير في التسليم، ويقتصر المنع على الشروط الواردة في عقد البيع.

3- منع الشرط الذي يحتفظ بموجبه المحترف بحق التعديل من جانب واحد لخصائص المال أو الخدمة التي سيقدمها.

41- ألغى مجلس الدولة الفرنسي النوع الأول الوارد في المرسوم الصادر في 24 / مارس /1978م؛

القضاء لا يستطيع إلا الحكم بإبطال الشروط التعسفية المنصوص عليها بالمرسوم، وبالمقابل لا يملك الحكم بإبطال الشروط التي تظهر له أنها تعسفية في حالة عدم وجود نص.

ثانياً: أسلوب القانون اللبناني والعراقي في مواجهة الشروط التعسفية

قبل صدور قانون حماية المستهلك اللبناني، هناك من يستند إلى شروط الغبن لإبطال البند التعسفي، إذ يتوفر شرطي التفاوت الشاذ غير المألوف واستغلال حاجة أو طيش أو عدم خبرة في المغبون[42].

أما بعد صدور قانون حماية المستهلك، فقد عرف المشرع اللبناني البند التعسفي في الفقرة الأولى من المادة (26) من قانون حماية المستهلك اللبناني، التي نصت على أنها تعتبر بنوداً تعسفية البنود التي ترمي أو قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير، كما أضاف المشرع بأن الطابع التعسفي للبند يقدر بتاريخ التعاقد بالرجوع لأحكام العقد وملاحقه باستثناء تلك المتعلقة بالثمن.

يبدو لنا أن المشرع اللبناني كان موفقاً في اعتماد التعريف المناسب للبند التعسفي بعد أن كان التشريع اللبناني يخلو من نص يحدد ملامح هذا البند، كما أن التعريف اعتمد على الإخلال بالتوازن بوصفه معياراً لتمييز هذا البند، ولم يعتمد على الإخلال بالتوازن الحاصل لمصلحة المستهلك، بل الخلل بالتوازن الذي يضر مصلحة المستهلك، وكأنه أن يمنح المستهلك حماية إضافية في حالة قيام المحترف بتقديم تسهيلات معينة للمستهلك قد عنها في وقت الاحق اعتماداً على الإخلال بالتوازن، كما أن نطاق تطبيق أحكام البند التعسفي لا تجدها إلا عند عقد الاستهلاك المبرم بين المستهلك والمحترف، دون الاعتداد. بعدد الأطراف، أي أن المادة استبعدت العقد المبرم ما بين المحترف والمصنع أو يرجع بين محترف وآخر.

لقد اتبع المشرع اللبناني أسلوب القائمة في وضع البنود التعسفية، وقد أورد قانون حماية المستهلك بعض التطبيقات كأمثلة على ما يُعد من قبيل البنود التعسفية، والذي أكد على أنها وردت على سبيل المثال لا الحصر، ومن البديهي أنها وضعت لمصلحة المستهلك لأنه الحلقة الضعيفة في التعاقد. وبذلك فإن المشرع اللبناني قد أختار النهج الصحيح، متجنباً مسلك المشرع الفرنسي القديم في وضع الشروط التي جاءت على سبيل الحصر، وتعد خطوة متقدمة في حماية المستهلك ضد الشروط التعسفية.

ومن بين البنود التعسفية البنود النافية لمسؤولية المحترف، واعتبرت تعسفية لأن وجودها في العقد مخالفة لقواعد قانونية حمائية، وخرقاً واضحاً لحقوق المستهلك الذي وضع القانون لحمايته أصلاً، كما أن

42- د. مصطفى العوجي، القانون المدني، المرجع السابق، ص 760.

التنازل الحاصل من قبل المستهلك لأتي من حقوقه المنصوص عليها في القوانين والأنظمة يُعد من البنود التعسفية، لأن في ذلك إفراغاً من محتوى الحماية القانونية المقررة للمستهلك، أن إلقاء عبء الإثبات على عاتق المستهلك في غير الحالات التي حددها القانون يُعد من بين البنود التعسفية، وأن منح المحترف، بصورة منفردة، صلاحية تعديل أحكام العقد كلها أو بعضها خاصة فيما يتعلق بالثمن أو تاريخ التسليم أو مكانه، وهي الأمور التي تجعل المستهلك خاضعاً لإرادة المهني وبنوده التعسفية المرتبطة بتنفيذ العقد.

أما الجزاء المترتب على وجود البنود التعسفية، فقد أكد المشرع اللبناني على بطلان البند التعسفي الوارد في عقود الاستهلاك بطلاناً مطلقاً، على أن البطلان لا يمتد إلى العقد إلا إذا كان المتعاقدان لم يكونا ليبرما العقد لو لا وجود هذا الشرط، حينئذ يبطل كل من الشرط والعقد معاً.

في الواقع أن تحديد دائرة الشروط التعسفية ضمن عقود الإذعان، ليس بالأمر المنطقي دائماً، وليس معياراً للشرط التعسفي، لأنه لا يكشف عن كل معالم الشرط، بل يُسهم في تحديد مجاله من حيث العقد الذي يرد عليه، و تبقى للشرط ذاتية مستقلة عن نوع العقد، وما ادل على ذلك إمكانية ورود شروط عدة بعقد الإذعان دون أن تكون تعسفية.

ومن أجل ضمان حماية أكيدة للمستهلك تؤكد على ضرورة – خاصة في التشريعات العربية – وضع نظام خاص يتعلق بالشروط التعسفية، يتولى تعريفها وتحديد ملامحها، وسرد بعض الأمثلة عنها، ووضع المعايير الخاصة بها.

وفي هذا الخصوص فإن قانون حماية المستهلك العراقي لم يتضمن أية إشارة إلى أي نوع من الشروط التعسفية، أو النص على منح القضاء سلطة استبعاد أو تعديل هذه الشروط، أو اعتماد نظام القوائم المحددة لما يعد تعسفياً، وهو النظام الذي سارت عليه التشريعات المعاصرة لحماية المستهلك، مع تخويل لجان خاصة بمتابعة كل ما يحصل على أرض الواقع العملي من مستجدات وأعداد اللوائح والمقترحات اللازمة لذلك، مثلما فعل المشرع الفرنسي واللبناني، لذلك نقترح على المشرع العراقي اعتماد النهج الذي سارت عليه هذه التشريعات في معالجة الشروط التعسفية من خلال وضع النصوص الكفيلة بتنظيم الشروط التعسفية ضمن قانون حماية المستهلك العراقي.

الخاتمة

تُعد مشكلة الشروط التعسفية تحدياً عالمياً يهدد التوازن العقدي، خاصة في عقود الإذعان التي يبرمها المستهلكون. وتظهر الدراسة المقارنة بين التشريع العراقي واللبناني تبايناً في مستوى الحماية الموضوعية الممنوحة للمستهلك في مواجهة هذه الشروط، إذ أكدت هذه الدراسة أن الحماية القانونية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية تتطلب إطاراً تشريعياً مزدوجاً: قواعد القانون المدني العام وقواعد قانون حماية المستهلك الخاص. ففي حين يوفر القانون المدني (كما في التشريع العراقي واللبناني) آليات عامة لرد التعسف في استعمال الحق وإبطال العقود لعلة الغبن والاستغلال، تبقى هذه الآليات غير كافية لرفع الضرر عن المستهلك لعدة أسباب، أبرزها صعوبة الإثبات.

إذ أظهرت التشريعات الخاصة بحماية المستهلك (حيث تكون موجودة وفعالة) أهميتها في توفير حماية موضوعية سابقة للعقد ولاحقة له، عبر وضع قوائم سوداء أو رمادية للشروط المشتبه في تعسفها، ومنح القاضي سلطة واسعة في تعديل أو إبطال الشرط دون العقد كله. ورغم المحاولات التشريعية في كل من العراق ولبنان لتوفير هذه الحماية، تبقى هناك تحديات في التطبيق والإنفاذ، خاصة في ظل التطور السريع للتعاملات الإلكترونية والعقود النموذجية المعقدة.

أولاً: النتائج

توصلت الدراسة المقارنة إلى النتائج الرئيسية التالية:

- يعتمد التشريع العراقي واللبناني بشكل رئيسي على القواعد العامة في القانون المدني لإبطال الشروط التعسفية (كعقدي الإذعان والاستغلال أو الغبن الفاحش)، وهي قواعد تتسم بالعمومية ولا تخصص حماية مباشرة للمستهلك كطرف ضعيف.
- يفتقر كلا التشريعين إلى الآليات الوقائية الحديثة التي تعتمدها النظم المتقدمة، مثل وضع قوائم محددة (سوداء أو رمادية) بالشروط التعسفية النموذجية، مما يترك عبء إثبات التعسف على المستهلك ويطيل أمد النزاع.

- على الرغم من أن بعض التشريعات المدنية تمنح القاضي سلطة تفسير العقد ضد مصلحة الطرف الذي صاغه (كما في القانون اللبناني)، إلا أن سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي بدلاً من إبطاله فقط، لا تزال محدودة وتحتاج إلى نص صريح لتعزيز دوره كـ "قاضٍ اجتماعي."
- أثبتت آليات مكافحة عقود الإذعان التقليدية صعوبة تطبيقها بفعالية على العقود المبرمة عبر الإنترنت (العقود الرقمية)، مما يتطلب تكييفاً قانونياً لتعريف الشروط التعسفية في البيئة الرقمية.
- هناك ضعف في الدور الوقائي والرقابي للهيئات الإدارية المتخصصة بحماية المستهلك في كل من العراق ولبنان فيما يتعلق بالمراجعة المسبقة للشروط النموذجية والتدخل الفعال لمنع إدراج الشروط التعسفية قبل اللجوء إلى القضاء.

ثانياً: التوصيات

بناءً على النتائج المتحصلة، توصي الدراسة بما يلي:

- يجب على كل من المشرع العراقي واللبناني إصدار أو تعديل قانون حماية المستهلك ليتضمن فصلاً خاصاً ومفصلاً بشأن الشروط التعسفية في عقود المستهلكين، يتماشى مع المبادئ التوجيهية الدولية.
- منح القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي ليصبح متوازناً وعادلاً بدلاً من الاكتفاء بإبطاله، وذلك لضمان بقاء العقد سارياً ما أمكن وتحقيق العدالة التعاقدية.
- تفعيل دور هيئة حماية المستهلك في كلتا الدولتين لمنحها صلاحية مراجعة الشروط العامة للعقود النموذجية التي تستخدمها الشركات الكبرى (خاصة مقدمي الخدمات الأساسية) قبل طرحها للتداول، وإلزامها بحذف الشروط التعسفية.
- وضع نصوص خاصة تعالج الشروط التعسفية التي تظهر في عقود التجارة الإلكترونية، لا سيما تلك المتعلقة بجمع البيانات الشخصية والمسؤولية في حالات الدفع الإلكتروني، لضمان حماية المستهلك في البيئة الرقمية المعقدة.

قائمة المراجع

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول للجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، كلية شرطة دبي 26-28 أبريل 2003م.
- آلاء يعقوب النعيمي، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين مجلد ،18 عدد 14، بغداد، أيلول 2005م، -100.
- حسام الدين الاهوائي النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية للالتزام دار النهضة العربية القاهرة 2001م.
- حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، القاهرة، 1949م، ص25.
- حمد الله محمد حمد الله حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي الإسكندرية، 1997م،
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، 2008.
- رياحي أحمد أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، جامعة حسيب بن بو علي بالشلف ع5، الجزائر، يناير 2006م.
- سعيد سعد عبد السلام التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان دار النهضة العربية القاهرة، 1998م.
- سليمان يراك الجميلي الشروط التعسفية في العقود دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة النهرين 2002م.
- سمير برهان إبرام العقد في التجارة الإلكترونية بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، المنعقد في القاهرة في مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي خلال الفترة 12 13 يناير، 2002م.

- عامر قاسم القيسي، تطور القانون الوضعي في أساليب توعية المستهلك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين مجلد 9، العدد 17 كانون الأول، 2006م، ص 122 د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ط 5، مصادر الالتزام، مطبعة بغدادى 1981م.
- عامر قاسم القيسي، تطور القانون الوضعي في أساليب توعية المستهلك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين مجلدة العدد ،17، كانون الأول، 2006م.
- عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ط5، مصادر الالتزام، مطبعة بغدادي، 1961م، ص 87.
- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية القاهرة، 1974م.
- عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة)، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2000م.
- عمر حسن المومني، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، ط1، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2005م1- عبد الحق حميش حماية المستهلك الإلكتروني بحث منشور في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، للفترة من 10 12 مايو 2003م.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص 414 وما بعدها؛ د. موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص263.
- غازي خالد أبو مرعي، حماية رضاء المستهلك، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد السادس والثلاثون، ع1، الجامعة الأردنية، أيار، 2009م.
- قادة شهيدة المسؤولية المدنية للمنتاج، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007م.
- محمد حسين منصور مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000م.
- محمد عبد الحسين، ظاهر الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ع 2، س 22 مجلة الحقوق كلية الحقوق جامعة الكويت، ربيع الأول، 1419هـ، يونيو، 1988م,

- مصطفى العوجي، القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2022.
- موسى رزيق رضا حامل البطاقة الائتمانية بالعقد والحماية التي يقررها المشرع له بحث منشور في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة صناعة وتجارة دبي الفترة من 10 12 مايو 2012م.