

حماية المستهلك من الشروط
التعسفية وفق أحكام تنظيم جمعية
حماية المستهلك السعودي لسنة
1429 هـ
دراسة مقارنة

الدكتور

علاء التميمي عبده

أستاذ مساعد ورئيس قسم القانون التجاري

بحقوق المنصورة

أستاذ مساعد بكلية الشريعة والأنظمة جامعة تبوك

(السعودية) (سابقاً)

الدكتور

محمد بن شديد الثقفي

أستاذ مساعد بكلية الشريعة والأنظمة

جامعة تبوك (السعودية)

حماية المستهلك من الشروط التعسفية وفق أحكام تنظيم جمعية حماية المستهلك السعودي لسنة 1429 هـ.

المقدمة:

لعب تحرير التجارة الدولية كأثر للعولمة الاقتصادية دورًا كبيرًا في إعادة هيكلة العديد من الأطر القانونية، وإعادة النظر في بعض المبادئ القانونية التي استقرت في الأوساط القانونية لأزمة طويلة. فبعد أن هيمنة آليات السوق على موجهات الاقتصاد العالمي، وتوحشت المنافسة بين التجار واتسع نطاقها لتكتسب طابعًا دوليًا، ووجدت التشريعات الوطنية نفسها عاجزة في كثيرًا من الأحيان عن حماية بعض مكتسباتها، سواء في مواجهة التخطيط المركزي المتبع من قبل الاتفاقيات الدولية، أم في مواجهة تطلعات المنافسة فيما بين التجار، التي شهدت نهماً شديداً في الفترات الأخيرة جعلتها لا تبالى كثيراً باعتبارات حماية المستهلك كطرف شديد الحاجة لقليل الخبرة لا يسعى لتحقيق الربح، وإنما فقط تلبية احتياجاته الخاصة في ظل أجواء تصان فيها حقوقه، وبالأخص حقه في تكوين إرادة حرة مستنيرة، يكون لها دوراً حقيقياً في مرحلة التفاوض وفي تسيير مجريات التعاقد.

فعلاقة التاجر بالعمل هي علاقة قانونية ذات طابع خاص؛ تجمع بين البعد الاقتصادي والبعد الاجتماعي، وبين اعتبارات الربح والاعتبارات الإنسانية، هذه العوامل يتجاذبها طرفي العقد بما يحقق لكل منهما ما يصبو إليه، تحت مظلة حرية التعاقد، التي تمثل الضمانة الأولى لكل منهما. لكن واقع هذه العقود في ظل تحرير التجارة العالمية يظهر أنها لا تبالى كثيراً بتوفير هذه الضمانة، وبات عدم التكافؤ بين أطراف العقد حقيقة يجب التسليم بها (رغم أن التشريعات القانونية تنطق بعكس ذلك)، الأمر الذي وضع مبدأ الحرية العقدية في أزمة، وبات العمل مسلوب الإرادة تجاه التاجر، فلا يملك أن يفاوضه وليس له دور في بناء العقد ولا طريقة تنفيذه، ليظهر العقد في النهاية ترجمة لإرادة التاجر، وبالنسبة للعمل فهو مجرد بطاقة للحصول على السلعة أو الخدمة.

وقد زاد التعاقد الإلكتروني من تفاقم أزمة حرية التعاقد، حيث وجد التاجر في التعاقد النموذجي ضالته المنشودة، التي علاوة على ما توفره له من سرعة وسهولة في اتمام التعاقد، ساعدته على قطع طريق التفاوض أمام العمل، ليبقى أمام الأخير خيار وحيد، أما أن يقبل العقد كله أو يرفضه كله، يأتي هذا في ظل غياب المفهوم التقليدي لمجلس العقد.

وعلى صعيد متصل، تسبب تحرير انتقال السلع والخدمات فيما بين الدول بفعل اتفاقيات التجارة العالمية من ناحية، والاعتماد على الوسائل الالكترونية في إبرام العقود وتنفيذها من ناحية أخرى إلى تآكل الحدود الجغرافية للدول، وأصبح بإمكان الشخص العادي ليس التاجر وحسب أن يحصل على ما يحتاج من السلع والخدمات من أى مكان في العالم، حتى ولو كان الأمر للاستهلاك الشخصي، الأمر الذي جعل هذه العقود تعد من قبيل عقود البيع الدولي للسلع والبضائع، فهي عقود تتم بين أطراف ينتمون لجنسيات مختلفة، ويترتب عليها انتقال للسلع والخدمات بين أكثر من دولة. ووصف العقد بأنه عقد تجارى دولى أمر له انعكاسات خطيرة على مبدأ سلطان الإرادة خاصة في حق المستهلك، بالنظر إلى أن هذه العقود تنمرد في الغالب على الخضوع لسلطان القوانين الوطنية العامرة بالنصوص التي تحمي المستهلك، وتسعى بقدر الامكان إلى تحقيق نوع من التوازن بين مصالح أطرافه، ليتم اخضاعها أما إلى قواعد وأعراف التجارة الدولية أو للقانون الواجب التطبيق بحسب ما يتم الاتفاق عليه في العقد، أو يجعلون من نصوص العقد وشروطه قانوناً يحكمه. وفي كافة هذه الأحوال يجد مبدأ الحرية العقدية نفسه مهدداً، بسبب تفاوت هذه القوانين في إحترام هذا المبدأ، فبعضها يخضع العقد لنصوص أمرة في دولة القاضى، مستبعداً بذلك مبدأ سلطان الإرادة بصورة كلية أو مقلصاً دوره بشكل كبير، وبعضها الآخر لجأ لتطبيق القانون الأصلح للمستهلك. يضاف لذلك أن المستهلك يصعب عليه في الغالب التعامل مع قواعد قانون التجارة الدولية، لما تتسم به هذه القواعد من قسوة بحكم أنها تخاطب المحترفين في ممارسة العمل التجارى، وهو في المقابل قليل الخبرة والدراية. من ناحية أخرى المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة قد لا يقوى على مجابهة سطوة التاجر في فرض شروط تعسفية قد تخل بتوازن العقد. يضاف لكل ما سبق، أن تحرير التجارة أسفر عن ظهور نوعاً جديداً من العقود لا تقبل التفاوض والمساومة، ولا يجد المستهلك لها بديل، الأمر الذي يضطره لقبول العقد، بحيث يكون في حقيقته تعبيراً عن إرادة طرف واحد، وليس شريعة المتعاقدين كما كان عليه الأمر قبل ذلك⁽¹⁾.

(1) د. محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم في ندوة " حماية المستهلك في الشريعة والقانون "، كلية الشريعة والقانون – جامعة الامارات العربية المتحدة، خلال الفترة 6-7 ديسمبر 1998م، ص1.

ومما يؤخذ على التشريعات الوطنية في مجال حماية المستهلك أنها قامت على فلسفة حمائية بحتة للمستهلك كطرف ضعيف في مواجهة التاجر القوي، الأمر الذي ترتب عليه ظهور هذه التشريعات بمظهر المبالغ والمسرف في حماية المستهلك، دون مراعاة لرغبات التاجر وطموحاته التنافسية، التي لم تعد في عصر تحرير التجارة مجرد هدفاً لمزيد من الربح، ولكنها أصبحت لدى الكثير من التجار هدفاً للبقاء والاستمرار، في ظل سوق تجارية مفتوحة على مصرعها، قد يجد التاجر نفسه مستبعداً منها بين عشية وضحاها، لعدم قدرته على الصمود في مواجهة رياح المنافسة العتية، الأمر الذي انعكس على سلوكيات التجار تجاه هذه التشريعات الوطنية، حيث أخذوا يتفلتون من ربقتها قدر الامكان، لأنها لم تراع متطلباتهم.

وعلى صعيد مقابل، تميز النظام الاقتصادي في دول العالم الثالث بالمركزية الشديدة، الأمر الذي تسبب في وجود عجز وقصور في تشريعات هذه الدول، لعدم قدرتها على الصمود في مواجهة سيل التحرير التجاري الجارف، والذي باتت معه هذه التشريعات بالية، ولا توفر الحماية المطلوبة، الأمر الذي تسبب في وجود حالة من عدم التوازن^(١).
جاء في المادة (1/153) من معاهدة انشاء الاتحاد الأوروبي ما يفيد بأنه يجب من أجل الارتقاء بمصالح المستهلكين والتأكيد على رفع مستوى حمايتهم فعلى الاتحاد الأوروبي الاسهام في حماية الصحة والأمان والمصالح الاقتصادية للمستهلك، والتأكيد على حقهم في الاعلام والتعلم وتنظيم أنفسهم من أجل الحفاظ على مصالحهم^(٢).
كما نصت الاتفاقية أيضاً على أن متطلبات حماية المستهلك يجب أن تؤخذ في الاعتبار في تعريف وتطبيق سياسيات وأنشطة الاتحاد^(٣).

(١) د. محمد عمر حماد ، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، دار النهضة العربية - القاهرة، 2009، ص1.

(٢) راجع:

Consolidation version of the treaty establishing the European Community, Official Journal of the European Communities, C 325/33, 24.12.2002.

(٣) راجع:

TITLE XIV, CONSUMER PROTECTION, Article (153/2).

كما أنها بعد أن أكدت على العديد من الضوابط الواجب مراعاتها لحماية المستهلك، ذهبت إلى أن هذا يمثل الحد الأدنى من الضوابط التي يجب مراعاتها، لكن ليس هناك ما يمنع كل دولة من اتخاذ التدابير التي تراها مناسبة لحماية حقوق المستهلك^(٣).

نصت الفقرة الثالثة من التوجيه الأوربي الخاص بالممارسات التجارية غير العادلة لسنة 2005^(٢) على أن القوانين الوطنية للدول الأعضاء المتعلقة بالممارسات التجارية غير العادلة أظهرت الاختلافات الواضحة التي يمكن لها ان تتسبب في حدوث اختلالات في قواعد المنافسة، والعقبات التي يمكن أن يترتب عليها إعاقة حركة السوق الداخلية، وفي مجال الدعاية أصدر البرلمان الأوربي التوجيه الخاص بالدعاية المضللة^(٣). ووضع الحد الأدنى من المعايير للتنسيق بين التشريعات الخاصة بالإعلان المضلل، ولا يحول هذا دون حق كل دولة أن تضيف التدابير التي تراها مناسبة لتوفير حماية أوسع للمستهلكين، وهو الأمر الذي تترتب عليه وجود نوع من الاختلاف بين القوانين الوطنية فيما يتعلق بالإعلان المضلل. وقد تسببت هذه الفوارق في وجود حالة من عدم اليقين بالقوانين الوطنية لحكم الممارسات التجارية غير العادلة والمضرة بالمصالح الاقتصادية للمستهلكين، وتقيم العديد من الحواجز التي أثرت على الأعمال التجارية والمستهلكين.

وفي ظل غياب قواعد موحدة على مستوى الاتحاد الأوربي، نشأت العديد من العواقب التي اعترضت حرية انتقال السلع والخدمات عبر الحدود أو وهو ما ظهر واضحاً في هدى السوابق القضائية لمحكمة

(١) راجع:

TITLE XIV, CONSUMER PROTECTION, Article (153/5).

(٢) راجع:

DIRECTIVE 2005/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL
Of 11 May 2005 (Unfair Commercial Practices Directive).

(٣) راجع:

Directive 84/450/EEC of 10 September 1984, THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL 1984, (concerning misleading and comparative advertising).

العدل الأوروبية، مادامت تحمي المصلحة العامة المعترف بها والمتناسبة مع هذه الأهداف. وكان من اللازم القضاء على هذه العقوبات من خلال وضع قواعد موحدة على مستوى الاتحاد الأوروبي، وأن تراعى وضع قواعد لحماية المستهلك، كما يجب توضيح بعض المفاهيم القانونية لحسن سير السوق الداخلية وتحقيق اليقين القانوني. وللتأكيد على هذا الهدف، فقد نصت المادة (4/3) من التوجيه الأوروبي الخاص بالممارسات التجارية غير المشروعة على أنه في حالة تعارض أحكام القوانين الوطنية لدولة من دول الاتحاد مع أحكام هذا التوجيه تكون العبرة بم جاء في هذا التوجيه من أحكام^(٣). وقد سعى التوجيه الأوروبي سالف الذكر إلى توحيد هذه القوانين بخصوص الممارسات غير العادلة، بما ذلك الإعلانات غير العادلة، والتي تضر بالمصالح الاقتصادية للمستهلك، وبالتالي تضر بمصالح المنافسين.

(١) راجع:

DIRECTIVE 2005/29/EC, (Unfair Commercial Practices Directive), CHAPTER 1, GENERAL PROVISIONS, Article (3/4).

- إشكالية الدراسة:

تتركز إشكالية هذه الدراسة في الإجابة عن تساؤل يتعلق بالأثر القانوني للشروط أحادية الجانب التي صارت اللغة الرئيسية لكافة عقود التجارة الدولية وعقود الاستهلاك على الإرادة الحرة للمستهلك، خاصة وأن حماية المستهلك صارت جوهر ولب متطلبات العدالة الاجتماعية، بعد أن احتدمت المنافسة التجارية بين التجار سواء على الصعيد الوطني أم الدولي، وباتت حماية المستهلك ضرورة اجتماعية لتحقيق العدالة المنشودة. يأتي هذا في ظل خلو تنظيم جمعية حماية المستهلك من نصوص خاصة تحمي المستهلك من الشروط التعسفية أحادية الجانب.

- خطة الدراسة:

- مبحث تمهيدي: انعكاسات تحرير التجارة الدولية على عقود الاستهلاك.
- تطور مفهوم المستهلك على أثر تحرير التجارة الدولية.
 - الحرية العقدية من الوجود إلى العدم.
- الفصل الأول: أثر الشروط أحادية الجانب على إرادة المستهلك.
- المبحث الأول: ضمانات حماية إرادة المستهلك في التشريعات التجارية
- المبحث الثاني: انعكاسات الشروط أحادية الجانب على القوة الملزمة للعقد
- الفصل الثاني: علاقة الشروط أحادية التحرير باختلال التوازن العقدي.
- المبحث الأول: تطور مفهوم التعسف في العقود أحادية الجانب.
- المبحث الثاني: ارتباط الشروط أحادية الجانب بالممارسات التجارية غير المشروعة:

مبحث تمهيدي
انعكاسات تحرير التجارة الدولية على عقود الاستهلاك
مطلب أول
أثر تحرير التجارة الدولية على تعريف المستهلك

كان الاستخدام الأول لمصطلح الاستهلاك استخدامًا اقتصاديًا، حيث كان خبراء الاقتصاد يستخدمونه للإشارة إلى المرحلة الأخيرة من مراحل الإنتاج التي تلي مرحلتي التصنيع والتوزيع، وهي مرحلة تحظى باهتمامهم، ويسعون دائمًا إلى التشجيع على تحسين المنتجات بغرض زيادة الاستهلاك، ويعتمدون عليها كمؤشر على نجاح عملية الإنتاج برمتها. وانطلاقًا من هذا التوجه فإن مصطلح المستهلك قد أخذ مفهومًا موسعًا في علم الاقتصاد، حيث يشير لكل شخص يحصل على السلعة أو الخدمة، بصرف النظر عن صفته (مدني أم تاجر) أو غايته (الاستعمال الشخصي أم الاتجار). أما على الصعيد القانوني فقد بدأ ظهور هذا المصطلح في مطلع السبعينيات من القرن الفائت، وقد كان يستخدم للدلالة على التصرف القانوني الذي يجريه الشخص للحصول على السلعة أو الخدمة، وقد اختلف تعريف فقهاء القانون لهذا المصطلح، لاتباعهم فلسفة حمائية، تهدف إلى توفير معاملة قانونية خاصة تشكل خروجًا على القواعد العامة في القانون المدني، باعتباره طرفًا ضعيفًا في العلاقة القانونية، الأمر الذي تسبب في ضيق التعريف القانوني مقارنة بالتعريف الاقتصادي، لأن هذه المعاملة الاستثنائية لا يحظى كل من حصل على سلعة أو خدمة، وإنما فقط من يحتاج إلى الحماية باعتباره طرفًا ضعيفًا في العلاقة⁽¹⁾

ولعل انعكاسات العلاقة الطردية بين الاقتصاد والقانون قد ظهرت بجلاء على تعريف المستهلك، وكان الشاهد على ذلك التشريعات المختلفة على الصعيدين الوطني والدولي، التي سعى الكثير منها إلى تحديد نطاق

(1) د. يوسف شندي ، المفهوم القانوني للمستهلك، مجلة الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الرابع والأربعون، ذو القعدة 1431 هـ - أكتوبر 2010 م، ص143.

الحماية المقررة للمستهلك من خلال تبني تعريفات كانت تتسم ببعض الضيق، الأمر الذي لم يكن ليتناسب مع حجم التحولات الاقتصادية الهائلة في الفترة الأخيرة، والتي زعزعت كثير من المفاهيم التي كانت ثابتة بالأمس القريب، والتي كان من الصعب معها أن يبقى المستهلك مجرد الشخص الذي يتلقى السلعة أو الخدمة بغرض الاستهلاك الشخصي. وهو ما ترجمته أحكام القضاء، حتى كانت تتبنى تفسيرات موسعة للنصوص الخاصة بتعريف المستهلك.

- صعوبات تعريف المستهلك:

رغم التسليم التام بأهمية وضع تعريف محدد للمستهلك، لارتباط سريان قوانين حماية المستهلك داخلياً ودولياً بتمتع أحد أطراف العلاقة القانونية بهذه الصفة، إلا أن هذا التعريف قد أحيط بالعديد من الصعوبات، كان أهمها:

1/ أن هذا التعريف قد شهد تجاذباً وتنافراً شديداً بين رجالات الفقه والقضاء، لتعدد الزوايا التي سعى كل فريق من خلالها للنظر لهذا التعريف، بما ترتب عليه ظهور العديد من التعريفات، فالبعض وصفه بأنه متلقى السلعة أو الخدمة، والبعض وصفه بالطرف الضعيف في العلاقة، والبعض تشدد في كونه من يهدف إلى الاستعمال الشخصي، والبعض الآخر رأى أن هذا ليس أمراً جوهرياً، الأمر الذي تسبب في صعوبة الوقوف على رؤية واضحة لهذا المفهوم⁽¹⁾.

2/ ترتب على تدخل العديد من التشريعات بنصوص خاصة لتعريفه زيادة الأمر تعقيداً، حيث سعت هذه التشريعات إلى تكريس كل اهتمامها لحماية المستهلك كطرف ضعيف رغم أنه قد لا يكون كذلك، الأمر الذي ترتب عليه ضيق هذه التعريفات.

3/ أن تحرير التجارة الدولية بفعل اتفاقات التجارة العالمية ترتب عليه إعادة ترتيب الأدوار في عقود التجارة الدولية، بحيث لم يعد يمكن القول بأن المستهلك هو الطرف الضعيف دائماً في العلاقة، كما لم يعد من المقبول أن كافة العقود النموذجية عقود إذعان.

(1) د. يوسف شندي، المفهوم القانوني للمستهلك، مجلة الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الرابع والاربعون، ذو القعدة 1431 هـ - أكتوبر 2010، ص145.

4/ أن الفلسفة التي قامت عليها تشريعات حماية المستهلك كانت تتسم بالتحيز الشديد والمفرط للمستهلك، ولم تراع أبداً تطلعات التاجر الذي قد يكون هو الأكثر احتياجاً للحماية، بسبب ضغوط المنافسة، وتقلبات الأحوال الاقتصادية، الأمر أظهر العديد من التعريفات بمظهر الضعف والقصور.

ومنذ الوهلة الأولى لظهور توجهات التحرير، كان الرهان منعقداً على قواعد حماية المستهلك، حيث أرتبط نجاح تشريعات تحرير التجارة الدولية بفعالية قواعد حماية المستهلك، بالنظر إلى أن هذه القواعد كانت تحد إلى حد كبير من ممارسات المنافسة غير المشروعة. وعلى الرغم من أن النظم التشريعية المختلفة قد اتفقت على أهمية دور قواعد حماية المستهلك، وبادرت إلى التأكيد على هذا الأمر، إلا أنها اختلفت في تحديد نطاق الحماية من حيث الأشخاص، لأنها لم تتبنى معياراً موحداً في تحديد المقصود بالمستهلك، لاختلافها في مستوى ومقدار الحماية. فإذا ما تعلق الأمر بحماية صحة المستهلك من أضرار بعض المنتجات، تجد أنها تبنت التعريف الواسع، فاختلاف الدافع تسبب في اختلاف نطاق الحماية، ومن ثم اختلاف التعريفات المطروحة، فالدافع في الحالة الأولى هو حماية صحة المستهلك، لذلك جاءت التعريفات موسعة، وذلك حتى تشمل أكبر قدر من الأشخاص. أما الدافع في الحالة الثانية فكان الحماية الاقتصادية لمصالح المستهلك، لذلك جاءت التعريفات ضيقة، لأنها تهدف في المقام الأول إلى حماية التوازن الاقتصادي لعقود الاستهلاك بغية حماية الطرف الضعيف^(١).

وقد تبني الاتجاه الضيق العديد من التشريعات القانونية وآراء الفقه القانوني، فقد تبنت العديد من التشريعات على الصعيدين الدولي والوطني هذا الاتجاه في تعريف المستهلك. فقد تعرضت المادة الثانية من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 لتعريف المستهلك وهي بصدد النص على البيوع المستبعدة من نطاق تطبيقها، فعرفته بأنه عبارة عن الشخص الذي يشتري البضائع بغرض الاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي، ما لم يكن البائع يعلم قبل العقد ولا يفترض فيه أنه يعلم بأن البضائع اشترت لهذه الأغراض^(٢).

(١) المرجع السابق، ص175.

(٢) راجع:

عرفته أيضاً المادة الأولى من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 بأنه عبارة عن " كل شخص تقدم إليه إحدى المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية، أو العائلية، أو يجري التعامل، أو التعاقد معه بهذا الخصوص"⁽¹⁾.

عرفه أيضاً تنظيم جمعية حماية المستهلك السعودي في مادته الأولى بأنه عبارة عن " كل شخص ذي صفة طبيعية أو اعتبارية يحص على سلعة أو خدمة بمقابل أو بدون مقابل إشباعاً لحاجاته الشخصية أو حاجات الآخرين"⁽²⁾..

عرفه أيضاً المشرع الجزائري في المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم: 39-90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش بأنه: " كل شخص يقتني بئمن أو مجاناً، منتوجاً أو خدمة، معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية، أو حاجة شخص آخر، أو حيوان يتكفل به"⁽³⁾.

جاء أيضاً في الفقرة الأولى من المادة الثانية من المرسوم التنفيذي للقانون الجزائري رقم: 245 /97 الخاص بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة التي تشكل خطراً مؤكداً للمعنى السابق بصورة غير

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, United Nations, Commission on international trade law, United Nations publication, Sales No. E.10.V.14, ISBN 978-92-1-133699-3, New York, 2010.

(2) القانون المصري لحماية المستهلك، رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦، متاح على العنوان الإلكتروني التالي:

<http://www.cpa.gov.eg/doc/Law.pdf>

(3) راجع: تنظيم حماية المستهلك السعودي، 1429 هـ، قرار مجلس الوزراء السعودي رقم (3)، وتاريخ 1429/1/12. متاح على الموقع الإلكتروني التالي:
file:///C:/Users/a-1/Downloads/4-38.pdf

(٣) القانون الجزائري لحماية المستهلك وقمع الغش، رقم 9-3، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، بتاريخ 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير 2009.

مباشرة، وهي بصدد تعريف المنتج الاستهلاكي، حيث نصت على: " يقصد بالمنتج الاستهلاكي في مفهوم هذا المرسوم، المنتج النهائي الموجه للاستعمال الشخصي للمستهلك ". ثم جاء في الفقرة الثانية من ذات المادة " لا تعتبر المواد المستعملة في إطار نشاط مهني منتوجات استهلاكية في مفهوم هذا المرسوم".

وفي ذات الاتجاه، ذهب جانب من الفقه لتعريف المستهلك بأنه أي فرد يحصل على مواد استهلاكية بأنواعها المختلفة بهدف الغذاء أو التنظيف أو اللباس أو لغرض منزلي أو للاستفادة من خدماتها (المأجورة وغير المأجورة) في مجال: النقل أو المياه أو الكهرباء أو الصحة أو التربية أو التعليم أو الثقافة أو الاعلام أو الترفيه أو السياحة وكذلك الذي يستفيد من خدمات اصحاب المهن المختلفة⁽¹⁾.

والملاحظ على هذا الاتجاه أنه ربط صفة المستهلك بالغرض من وراء الحصول على السلعة أو الخدمة، وهو غرض الاستهلاك أو الاستعمال الشخصي، سواء حصل عليها شخص طبيعي أم معنوي (مثل الجمعيات الاهلية التي لا تسعى لتحقيق الربح)، ويستوي أن يكون محل العقد سلع أم خدمات. وبمفهوم المخالفة يستبعد وصف المستهلك وفق هذا الاتجاه عن من يحصل على السلعة أو الخدمة بغرض التجارة أو الممارسة المهنية، فليس كل مشتري مستهلك، وانما يجب ان يكون الحصول على السلعة أو الخدمة بقصد الاستعمال الشخصي أو العائلي. وقد سارت محكمة النقض الفرنسية في ذات الاتجاه في أحدث أحكامها، ففي 24 نوفمبر لسنة 1993 رفضت إضفاء صفة المستهلك على المزارع الذي قام بشراء بعض الشجيرات من أحد المشاتل⁽²⁾. أيضاً رفضت إضفاء وصف المستهلك على التاجر بخصوص قيامه بإبرام عقد

(1) د. مفيد أبو زنت، الدور الرقابي لجمعية حماية المستهلك الفلسطيني على السلع الاستهلاكية في السوق الفلسطيني، المؤتمر الاقتصادي لجامعة القدس المفتوحة: نحو تعزيز تنافسية المنتجات الفلسطينية، في الفترة من 16-17/10/2012، ص 12.
(2) راجع:

Cass. 1. civ. 24 nov. 1993, J C P. ed.e 1994, 11, n. 593.

توريد مياه لمحله التجاري، ورفضت تطبيق نص المادة 1/132 الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية^(١).
وقد جاء تبريرًا لهذا الاتجاه، بأنه يبرز ذاتية المستهلك، وأن تطبيقه يتسم بالسهولة والبساطة في التطبيق، الأمر الذي يحقق أمان المستهلك^(٢).

لكن دائمًا يعاب على مثل هذه الآراء أنها تعتمد على معيار غير منضبط لتمييز المستهلك، وهو النية أو الغرض من وراء الحصول على السلعة أو الخدمة، حيث لا يملك القاضي دائمًا الوسائل التي يمكن من خلالها البحث في نوايا المتعاقدين، باعتبارها مسألة نفسية يصعب التأكد منها.

أما عن الاتجاه الموسع، فقد ظهر صداه في بعض التشريعات القانونية للنظر للمستهلك من منظور أوسع، فعرفه القانون الألماني بأنه عبارة عن كل شخص يحصل على السلعة أو الخدمة حتى وإن كان تاجرًا أو محترفًا، مادام يتصرف خارج مجال اختصاصه المهني. وعرفه أيضًا التوجيه الأوروبي الخاص بالممارسات التجارية غير العادلة بأنه عبارة عن الشخص الطبيعي الذي يكون طرفًا في معاملة تجارية يتصرف خارج نطاق نشاطه التجاري أو حرفته أو مهنته^(٣).

والملاحظ على هذا الاتجاه أنه اعتمد على النية أو الغرض كأساس لتمييز المستهلك كما فعل سابقه، إلا أنه تبنى نطاقًا أكثر اتساعًا، حيث لم يقصر صفة المستهلك فقط على من يحصل على السلعة أو الخدمة بغرض الاستعمال الشخصي، ولكن أيضًا من يحصل عليها بغرض استخدامها في شئون لها علاقة بتجارته، دون أن يسعى للتجار فيها. كتاجر الأجهزة الكهربائية الذي يقوم بشراء سيارة لنقل بضائعه، لا للقيام بإعادة بيعها. بمعنى آخر، تعتبر الأعمال التجارية بالتبعية عمليات

(١) راجع:

Cass. Civ, Iere, ch , 5 mars 2002 , bull. I , n 78

(٢) عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، 2009، ص14.

(٣) راجع:

DIRECTIVE 2005/29/EC, (Unfair Commercial Practices Directive), chapter1, general provisions, article (1).

استهلاكية، بالنظر إلى أن التاجر لا يحصل عليها بغرض الاتجار فيها، بل لأغراض تشغيل تجارته.

وقد ظهر اتجاه أكثر اتساعاً من سابقه، متجرداً من غرض الحصول على السلعة أو الخدمة (الاستهلاك الشخصي أو التعامل التجاري)، ومن صفة من يحصل على السلعة أو الخدمة (شخص مدني أم تاجر)، مقررًا بأن المستهلك هو كل من يحصل على السلعة أو الخدمة. فقد عرفه قانون الاستهلاك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 في مادته الأولى بأنه عبارة عن " كل من يشتري أو يستفيد من سلعة أو خدمة".

ووفق هذا الاتجاه يصير كل شخص يحصل على سلعة أو خدمة مستهلك، بصرف النظر عن كونه شخص طبيعي أم معنوي، تاجر أم غير تاجر، لأغراض مهنية أو غير مهنية

وقد كان هذا الاتجاه محل نقد من قبل بعض الفقه، الذي رأى أن هذا التعريف من شأنه القضاء على الحدود الفاصلة بين القواعد العامة والقواعد الخاصة بحماية المستهلك، وهو ما يتعارض مع إرادة المشرع الذي قصد حصر نطاق تطبيق قانون الاستهلاك في إطار ضيق⁽¹⁾. وإذا كانت الاتجاهات السابقة قد شهدت استقراراً استمر لفترات زمنية طويلة، إلا أن هذا الاستقرار تزعزع بفعل تحرير التجارة العالمية، الذي ترتب عليه تسهيل انتقال الأموال والأشخاص بين الدول لإطلاق العنان للمنافسة المشروعة فيما بين الدول.

ومن جانبنا يبدو لنا أن وضع تعريف للمقصود بالمستهلك يحتاج إلى مراعاة عدة اعتبارات، أهمها:

١ - أن قواعد حماية المستهلك تمثل استثناء على القواعد العامة، ومن ثم يجب ألا يتوسع في تفسيرها كثيراً، حتى تؤتي هذه القواعد الحمائية نتائجها المرجوة في استهداف طائفة معينة من الأشخاص برعاية خاصة نظراً لظروف معينة. ومن ثم يجب ألا يتوسع كثيراً في مفهوم المستهلك.

٢ - يجب ربط تعريف المستهلك بصفة الضعف وقلة الخبرة والدراية، ولا يجب ربطها بصفة أحد الأطراف في العقد، فليس كل متلقى للسلعة أو الخدمة يعد مستهلك يجب حمايته، كما لا يجب ربط هذه الصفة

(١) د. يوسف سندي، المفهوم القانوني للمستهلك، مرجع سابق، ص150.

بوجود اختلال في التوازن العقدي، لأن الأخير ليس مرتبطاً فقط بعقود الاستهلاك.

٣ - يصعب إطلاق القول بأن كل مقدم للسلعة يعد تاجر، وكل متلقى لها يعد مستهلك، حيث إذا ما تساوى أطراف العلاقة في الخبرة والمركز الاقتصادي لا يمكن القول بأن هناك مستهلك في حاجة للحماية، ومن ثم يجب تطبيق القواعد العامة.

لذلك يبدو لنا تعريف المستهلك بأنه عبارة عن كل شخص طبيعي أو معنوي تاجر أو غير تاجر يتصرف خارج نطاق نشاطه المهني، يكون جديراً بالحماية لضعف مركزه التعاقدية.

مطلب ثاني

الحرية العقدية من الوجود إلى العدم

حملت الثورة الفرنسية على اعناقها العديد من المبادئ والقيم السامية، والتي كان في مقدمتها تكريس الطابع الفردي للحقوق المختلفة، فكان من أهم مكنسباتها مبدأ سلطان الإرادة، حيث يكون لكل شخص الحرية الكاملة في تكوين العلاقات العقدية التي تحكم وتنظم المعاملات التي يكون فيها طرف، وتعديلها والغائها وفق ما يحقق مصلحته، وذلك بالمساواة مع الطرف الآخر في العقد.

وقد ساد هذا المبدأ في أوساط المتعاملين، وأخذ مبدأ سلطان الإرادة يشهد رواجاً وفق قانون السوق من حيث العرض والطلب، فالأطراف على قدم المساواة للوصول إلى اتفاق قانوني عادل. لكن مع ذلك كانت هذه العدالة تتجسد فقط في ظهور أطراف العقد على قدم المساواة من الناحية القانونية، لكن على صعيد القدرة الاقتصادية، كان التاجر أو المنتج أكثر تفوقاً على المستهلك، الأمر الذي تسبب في انعدام التفاوض الحر فيما بعد⁽¹⁾.

وقد شهد الواقع العملي في المجتمعات القديمة أن أطراف العقد كانوا يتمتعون بمساحة واسعة من الحرية في مناقشة بنود العقد والمساومة على تفصيلاته، وقد كانت تمتد لفترة زمنية طويلة، وقد كان هذا الأمر مناسباً وملائماً مع طبيعة وحجم النشاط الاقتصادي في ذلك الوقت، التي كانت تنسم بالضيق والمحدودية. وفي منتصف القرن التاسع عشر ونتيجة للتقدم الصناعي والتكنولوجي الهائل حدثت طفرة هائلة في المستوى الاقتصادي للمتعاملين في البيئة التجارية، ترتب عليها إعادة هيكلة لطبيعة الأدوار التي يمارسها أطراف العقود التجارية، حيث ظهرت فئة التجار الأقوى اقتصادياً وفنياً صاحبة الأموال ووسائل الإنتاج، وذلك في مقابل فئة المستهلكين الأضعف. وقد وجدت فئة التجار نفسها بحكم وضعها صاحبة اليد العليا في رسم مجريات التعاقد وتحديد مساراته، ففعلت أول ما فعلت أن قلصت دور المستهلك في تأسيس العقد إلى أن وصل به الحال إلى أن حرم حتى من إمكانية مناقشة الشروط التي وضعها التاجر، فأصبح لا يشغل باله كثيراً بالاطلاع على مضمون هذه الشروط، لأنه يعلم مسبقاً

(1) د. محمد عرفان الخطيب ، الحرية التعاقدية في تشريع العمل، مجلة الشريعة والقانون جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد السابع والاربعون، 2011، ص37.

أنه لن يسمح له بمناقشتها، ويضطر إلى أن يتنازل عن حقه الأصيل في أن يكون العقد وليد إرادته الحرة على أثر عظم حاجته للسلعة أو الخدمة محل العقد. وقد بدأت هذه العقود تنتشر بين فئة التجار، بحكم أنها تركز لنفوذهم على العقود التي يقومون بها وتجعلهم يفرضون الشروط التي تحقق مصلحتهم، كما أن حرمان المستهلك من مناقشة شروط العقد حققت لهم ميزة أخرى وهي سرعة إبرام العقود وانجازها، والابتعاد عن مداولات النقاش والتفاوض. وقد كان أول من تناول هذه العقود بالبحث القانوني الفقيه الفرنسي " سالي " في بحثه المعنون بـ "الإعلان عن الإرادة". وفي الفقه العربي كان العلامة "السنهوري" هو أول من تناول هذه العقود بالبحث، وقد سماها " عقود الإذعان". وقد استقرت هذه التسمية في التشريعات والكتابات العربية حتى يومنا الحاضر⁽¹⁾.

- الطبيعة التجارية لتشريعات حماية المستهلك:

عمدت العديد من الدراسات القانونية إلى تناول موضوع حماية المستهلك من منظور التشريعات المدنية، بالنظر إلى أنها تدور في فلك تشريعات الدفاع عن حقوق الانسان، وإن كان يبدو لنا أن هذا التناول قد أتى بنتيجة عكسية، لأن هذه التشريعات قد ركزت كل اهتمامها على حماية المستهلك وحماية تطلعاته، وغفلت أن تراعى مصلحة التاجر لمجرد أنه الطرف الأقوى اقتصادياً، الأمر الذي تسبب في سعي التاجر والمهنيين إلى التملص قدر الإمكان من سريان هذه التشريعات على علاقتهم بعملائهم، عن طريق استبعاد تطبيق القوانين الوطنية، أو الإحالة إلى قواعد قانون التجارة الدولية، أو حتى تبني فكرة العقد الطليق، الأمر الذي تسبب بدوره من إفراغ هذه التشريعات من مضمونها، ولا أدل على ذلك من طبيعة العقود التي تنظم علاقة التاجر بالعميل، التي يبدو فيها واضحاً اجحاف التاجر بحقوق المستهلك، حيث يبرر التاجر ذلك لنفسه بأن اعتبارات المنافسة المحتدمة، وصراعات السوق تضغط عليه لفعل ذلك. وقد كان الأولى بهذه التشريعات أن تسعى لتحقيق التوازن بين

(1) د. محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم في ندوة "حماية المستهلك في الشريعة والقانون"، كلية الشريعة والقانون جامعة الامارات العربية المتحدة، في الفترة من 6-7 ديسمبر، 1998، ص4.

أطراف العلاقة قدر الامكان؛ من حيث حماية حقوق المستهلك، وفي ذات الوقت تضمن تطلعات التاجر.

ويبدو لنا أن المشرع التجاري أقدر من غيره على تحقيق هذه الأهداف، وذلك للأسباب التالية⁽¹⁾:

1/ أن النشاطات موضوع التنظيم هي أنشطة تجارية أو مرتبطة بنشاط تجاري؛ فهي من جانب التاجر هي عبارة عن عمليات تقوم على الإنتاج أو التوزيع أو التسويق أو البيع، ومن جانب المستهلك هي العملية الاستهلاكية، وقد يكون المستهلك تاجر يسعى للحصول على سلع لازمة تساعد على مزاولة تجارته.

2/ أن الاستهلاك كنشاط ينقسم إلى عدة أنواع بحسب المعيار المتبع للتقسيم: فوفقاً لمعيار الأشباع ينقسم الاستهلاك إلى الاستهلاك القائم على الأشباع المباشر والاستهلاك القائم على الأشباع غير المباشر، فالأول يسعى فيه الفرد إلى استخدام السلع من أجل إشباع الحاجات الحالية، أما النوع الثاني، فيظهر فيه الفرد وهو يقوم ببعض المشروعات الإنتاجية باستخدام المواد الأولية أو المواد الخام لتحويلها إلى سلع كاملة الصنع. ورغم أن كلاً من هذه النشاطات استهلاكية، إلا أن الأول يخضع لقانون حماية المستهلك، في حين أن الثاني يخضع للتشريعات التجارية والاقتصادية، مثل قانون الجمارك وقانون النقد والائتمان وقانون التجارة الدولية، الأمر الذي كان من الأولى توحيد فلسفة هذه التشريعات، تحت مظلة القانون التجاري.

على صعيد آخر، يقسم الاستهلاك وفق الشخص القائم بالاستهلاك إلى استهلاك خاص واستهلاك عام، فالأول يتم من خلال قيام الأشخاص الطبيعيين والمشروعات الخاصة بإنفاق جزء من دخولهم لإشباع حاجاتهم. أما النوع الثاني فتقوم به الدولة بهدف إشباع حاجات الجماهير، ولما كانت هذه الأطراف الرئيسية في عملية الاستهلاك تقوم بنشاط اقتصادي، فإن قانون الاستهلاك كان من اللازم صبغته بصبغة تجارية.

(1) د. عبد الله عبد العزيز الصعدي، حماية المستهلك في اقتصاد السوق، بحث مقدم في ندوة " حماية المستهلك في الشريعة والقانون "، كلية الشريعة والقانون جامعة الامارات العربية المتحدة، 6-7 ديسمبر 1998م، ص5.

3/ أن حماية المستهلك لا تظهر فقط في تشريعات حماية المستهلك، ولكنها تظهر أيضاً بقوة في التشريعات التجارية، مثل قانون مكافحة الاحتكار والمنافسة غير المشروعة.

الفصل الأول أثر الشروط أحادية الجانب على إرادة المستهلك المبحث الأول

دور الإعلان التجاري في تكوين إرادة المستهلك يعرف الإعلان التجاري بأنه عبارة عن كل وسيلة يعتمد عليها التاجر للتأثير في الجمهور بهدف تحقيق أهداف تجارية. كما عرف أيضًا بأنه عبارة عن مجموعة من الوسائل التي تهدف إلى لفت انتباه الجمهور إلى سلعة أو خدمة معينة لحثهم على شرائها^(١) ولا مرء في أن الإعلان التجاري بهذا المعنى هو وسيلة كل تاجر للإعلان عن منتجاته وخدماته، والذي يلعب دورًا بالغ الخطورة في جذب العملاء وتوجيه سلوكياتهم تجاه سلعة أو خدمة معينة، خاصة في ظل منافسة محتدمة في ظل سوق دولي مفتوح تعددت وتنوعت فيه السلع بشكل كبير، وأصبح في متناول المستهلك أن يأتي بأي سلعة أيا ما كان تواجدها، وأيا ما كان تواجده، الأمر الذي لم يعد للمنتج أو التاجر الوطني أن يعتمد على استنثاره بتقديم هذه السلع، لكونه الوحيد في منطقته أو دولته.

وقد أكد على الدور الهام للإعلان في المعاملات التجارية التوجيه الأوربي بالإعلانات المضللة 2006، حيث جاء في الفقرة السادسة من ديباجته أن الإعلان هو وسيلة هامة لفتح منافذ لتصريف السلع والخدمات، وعنصر هام من عناصر المنافسة التجارية بين التجار، الأمر الذي يبرز أهمية التنظيم القانوني لشكل ومضمون الإعلان^(٢). من ناحية أخرى، يلعب الإعلان دورًا كبيرًا في تكوين رضا المستهلك، بالنظر إلى أنه وسيلته للتعرف على السلعة أو الخدمة وخصائصها ومواصفاتها وكيفية استعمالها، الأمر الذي جعل لهذا الإعلان دورًا كبيرًا في تكوين رضا المستهلك، وبناء قراره بالتعاقد من عدمه، خاصة على صعيد المعاملات الدولية ذات الطابع التجاري، التي تنسم

(١) عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 34.

(٢) راجع:

Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the council of 12 December 2006, concerning misleading and comparative advertising, (Codified version), item (6), *Official Journal of the European Union*.

بأنها عقود تتم عن بعد، الأمر الذي يبرز دور الإعلان في تكوين إرادة المستهلك بالتعاقد. وقد ظهر هذا الأمر جلياً في اتفاقيات التجارة الدولية التي عالجت عقد البيع الدولي للبضائع؛ والشاهد على ذلك أن اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 لم تعالج من قواعد تكوين عقد البيع سوى ركن الرضاء فلم تنظم ركني السبب والمحل، مقتفية بذلك أثر اتفاقية لاهاي سنة 1964 بشأن تكوين عقد البيع الدولي، حيث اكتفت الأخيرة بتنظيم جزء من ركن واحد من أركان العقد هو الرضاء. ولما كان للإعلان دوراً بالغ الأهمية في تكوين إرادة أطراف عقود التجارة الدولية (التاجر والمستهلك)، كان من الضروري الوقوف بدقة على طبيعته القانونية، خاصة وأن البعض يخلط بينه وبين الإيجاب في كثير من الأوقات، لدقة الفرق بينهما. ومن هنا تبرز إشكالية قانونية بخصوص هذا الأمر، تتمثل في اختلاف التشريعات القانونية المنظمة للإعلانات التجارية من دولة لأخرى، يأتي هذا في الوقت الذي أضحى فيه الإعلان يتم على نطاق دولي^(١). من ناحية أخرى قد يتسبب الإعلان المضلل كما عبر عن ذلك التوجيه الأوربي 2006 في تدمير السوق الداخلية، كما أن له تأثير كبير على توجهات المستهلكين ورغباتهم، وكذلك التجار، كما أن شأنه إعاقة التداول الحر للسلع والخدمات على المستوى الدولي، الأمر الذي تبدو معه أهمية وضع قواعد قانونية موحدة تحكم وتنظم الإعلانات التجارية على المستوى الدولي، حتى لا تنفرد كل دولة بتشريع خاص فيحدث الخلاف الذي من شأنه أن يعيق المنافسة^(٢).

(١) راجع:

Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the council of 12 December 2006, concerning misleading and comparative advertising, (Codified version), item (2), *Official Journal of the European Union*.

(٢) راجع:

Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the council of 12 December 2006, concerning misleading and comparative advertising, (Codified version), item (3-4), *Official Journal of the European Union*.

وقد فرض هذا الأمر ضرورة وضع حد أدنى من المعايير الواجب توافرها في الاعلان الذي يتم على مستوى دولي لضمان تحقيقه لأهدافه وابتعاده عن مخاطر الاضرار.

تنص اتفاقية فيينا لسنة 1980 على أن توجيه العرض إلى مجموعة غير محددة من الأشخاص يعتبر مجرد دعوة إلى توجيه إيجاب، أي مجرد دعوة للتعاقد، ما لم يتبين أن الموجب قد أفصح بوضوح عن العكس، أي ما لم يكن الموجب قد قرر صراحة أن يوجه إيجاباً إلى الجمهور^(١).

ويتضح من هذا النص أنه يعالج التفرقة بين الإيجاب ودعوة الجمهور إلى التعاقد، حيث أن الأول يحدث عندما يعرض البائع البضائع على الجمهور مصحوبة بثمنها، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض أو دعوة للشراء invitation to purchase^(٢).

وبمعنى آخر، الأمر يتوقف على مضمون ومحتوى التعبير عن الإرادة، فإذا قام التاجر بعرض بضائعه على الجمهور مع بيان أسعارها فإن هذا يعد بلا شك إيجاباً صريحاً موجهاً إلى الجمهور، أما مجرد الإعلان عن السلعة حتى مع بيان سعرها فإنه يعد دعوة إلى التعاقد وليس إيجاباً ما لم يتبين صراحة أن التاجر قصد توجيه إيجاب صريح إلى الجمهور. ويستفاد مما سبق أن الإعلان لا يلزم التاجر كإيجاب إلا إذا تضمن العناصر الجوهرية للعقد وليس السعر فقط. ورغم ما سبق، يرى جانب من الفقه أن هذا الكلام لا يؤخذ على إطلاقه، حيث لا يكفي حتى يعد الإعلان إيجاباً ملزماً أن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد فقط، وإنما يجب أيضاً أن يكون موجهاً لشخص أو أشخاص محددين، لكن الإعلان الذي يوجه لعامة الناس لا يمكن اعتباره

(١) راجع المادة (2/14) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980.

(٢) وتعرف الدعوة للشراء بأنها عبارة عن الاتصال التجاري الذي يشير إلى خصائص السلعة أو الخدمة والثمن وطريقة دفعه بطريقة مناسبة.

DIRECTIVE 2005/29/EC, (Unfair Commercial Practices Directive), CHAPTER 1, GENERAL PROVISIONS, Article (2/j).

ايجاب ملزم، وإنما مجرد دعوة للتعاقد. وقد أعتمد هذا الاتجاه على موقف القضاء الفرنسي، الذي رفض إضفاء قيمة قانونية على الإعلانات التجارية كإيجاب⁽¹⁾. وقد سارت محكمة النقض في ذات الاتجاه، حيث قضت بأن طرح مناقصات التوريد وغيرها من البيانات الموجهة للجمهور تعد دعوة للتعاقد⁽²⁾.

والملاحظ أن ما شهدته التجارة من رواج هائل في الآونة الأخيرة أدى إلى زيادة القدرة الإنتاجية للمشروعات، وإلى تعدد أشكال المنتجات وتنوع مزاياها، الأمر الذي دفع بالمنتجين والتجار إلى اللجوء إلى أساليب متعددة لحث المستهلكين على التعاقد، من خلال الإعلانات والتخفيضات، التي قد تكون في أوقات كثيرة غير حقيقية، كما أن الإيجاب الخاص بهذه السلع غالبًا ما يكون جماعيًا، كما أن هذا قد صاحبه ظهور عقود تقترب إلى حد كبير من عقود الإذعان، التي يتمكن التاجر بوسيلة أو بأخرى من فرض شروطها على المستهلك.

ولا شك أن الإعلان بهذا المفهوم يلعب دورًا كبيرًا في اكتمال بناء العلاقة القانونية، من خلال النظر في مدى اعتباره إيجابًا مكتمل الأركان والمواصفات وذلك على النحو الذي ينعقد به العقد إذا ما صادف قبولًا مطابق له، خاصة وأن الكثير من الإعلانات في الوقت الحاضر ذات تأثير قوى على إرادة المستهلكين، حيث ساعدت وسائل تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات وما تشهده من تطور شديد على تمكين التاجر من ملاحقة المستهلكين أينما كانوا، وبالاعتماد على بعض وكالات الإعلان التي تعتمد على أساليب غاية في الاستفزاز والضغط المعنوي لجذب المستهلكين لطلب السلعة أو الخدمة والتعاقد عليها، حتى قبل أن يقوم بمعرفة طبيعة الشروط التي تحكم الحصول عليها، خاصة وأن الكثير من المستهلكين يجد التاجر قد أعد له قائمة من الشروط فيقوم بقبولها حتى ولو لم يقرأها، لأنه يعلم جيدًا أن التاجر لن يقبل مناقشتها.

(1) د. مها يوسف خطاب خصاونة - د. رشا محمد تيسير، الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان التجاري المضلل وفقا لأحكام القانون المدني الأردني ومشروع قانون حماية المستهلك، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، 2012، (بدون رقم العدد)، ص4.

(2) نقض مدني، طعن رقم (105)، دائرة رقم (7)، أحكام محكمة النقض، مجموعة المكتب الفني لسنة 1985، ص1184.

ويبدو لنا فيما يتعلق بتحديد القيمة القانونية للإعلان القول بأن حماية إرادة طرفي عقد تفتضي عدم اعتبار الإعلان إيجاب كأصل عام حماية للتاجر والمستهلك في آن واحد، خاصة إذا ما تعلق الأمر بعقد أحادي الجانب. فمن ناحية المستهلك، لا يمكن القول بأن الإعلان مهما كان مفصلاً يتضمن شروط العقد على نحو كاف بتبصير المستهلك بكافة عناصره، بحيث لا يمكن القول بأن قرار العميل بالتعاقد سيكون مبنياً على أساس سليم وعلم صحيح بشروطه، خاصة وأن الإعلان هو من اعداد التاجر، الذي غالباً ما سيكون حريص على أن يظهر من خلاله أفضل ما في السلعة أو الخدمة، حتى وان كان ذلك يخالف ما عليه الواقع، ومن ثم تبدو أهمية حماية إرادة المستهلك في عدم اعتبار الإعلان الصادر عن التاجر إيجاب، وإنما مجرد دعوة للتعاقد. ومن ناحية التاجر، تبدو له مصلحة قوية في عدم اعتبار ما يصدر عنه من إعلانات إيجاب ملزم ينعقد به العقد، ويعود ذلك إلى حرص التاجر على التأكد من شخصية من يتعاقد معه، وهو يجد صعوبة في هذا الأمر إذا كان التعاقد يتم عن بعد، كما لو تم عبر وسيلة إلكترونية كشبكة الانترنت، خاصة إذا ما كان يقدم سلع أو خدمات تقوم على الاعتبار الشخصي، كالخدمات المصرفية، التي يحرص فيها البنك على التأكد من شخصية العميل ومن جدارته الائتمانية قبل التعاقد، لذلك تبدو له مصلحة قوية في عدم اعتبار ما يقوم به من إعلانات إيجاب ملزم، وذلك ما لم يكن هذا الإعلان قد تضمن كافة الشروط الخاصة بالتعاقد، وأن يوجه بصورة محددة للشخص المراد التعاقد معه. ورغم ذلك، تظل العقود المصرفية على شبكة الانترنت تحظى بخصوصية معينة، بالنظر إلى أهمية الاعتبار الشخصي للعميل في هذه العقود التي تتم عبر شبكة إلكترونية للاتصال عن بعد، الأمر الذي يزيد من التأكيد على أن ما يصدر عن البنك ليس إيجاباً ملزماً ينعقد به العقد بمجرد صدور قبول مطابق من العميل، بل هو مجرد دعوة للتعاقد (Invitation to treat)، يملك البنك الرجوع فيها، إذا تبين له عدم توافر الجدارة الائتمانية للعميل، أو عدم مشروعية الأموال التي يريد التعامل مع البنك بها⁽¹⁾. يحتفظ البنك بهذا الحق (ما يصدر عنه مجرد دعوة للتعاقد)، سواء كان العرض الصادر عنه خاص أم عام.

(1) راجع:

ففي حالة العرض الخاص، وذلك كما لو قام البنك بإرسال رسالة بريد إلكتروني للعميل يعرض عليه التعاقد بشأن أحد الخدمات المصرفية التي يقدمها، في هذه الحالة يتم علم العميل بهذا العرض عند فتحه لصندوق بريده الإلكتروني، فإذا وافق العميل على عرض البنك، فإن هذا لا يعد قبولا منه ينعقد به العقد (١)، لأن ما صدر عن البنك في هذه الحالة لم يكن إيجابا، بل هو دعوة للتعاقد، هذا على الرغم من أن البنك قد قام بإرسال العرض إلى عميله الذي يفترض أنه على دراية بشخصيته؛ إلا أن احتمالات عدم يسار العميل أثناء توجيه الرسالة إليه قائمة؛ (كان يكون العميل معرض لشهر إفلاسه ولا يعلم البنك)، الأمر الذي يعطى للبنك الحق في أن يحتفظ بحقه، في اعتبار ما يصدر عنه مجرد دعوة للتعاقد. أما في حالة العرض العام، كما لو وجه البنك عرضه للكافة من خلال الموقع الإلكتروني له على شبكة الإنترنت، فإن حرص البنك في اعتبار ما يصدر عنه مجرد دعوة للتعاقد سوف يزداد إلى حد بعيد في هذه الحالة، حيث يجهل البنك تماما شخصية العميل (٢)، ومن ثم يحتفظ بحقه في اعتبار ما يصدر عنه هو مجرد دعوة للتعاقد. ويجب في سبيل وصول البنك لغايته هذه، أن يكون على حرص ووعي كافيين بأسلوب عرضه لخدماته المصرفية، سواء عبر موقعه الإلكتروني أم من خلال البريد الإلكتروني أو غيرها من الطرق؛ وذلك بأن يوضح جليا أن هذا العرض على الرغم من اشتماله على كافة عناصر التعاقد من المواصفات الخاصة بهذه الخدمة، ونموذج العقد المصرفي الذي سيحكم تقديمها، إلا أن هذا لا يعدو أن يكون مجرد دعوة للتعاقد، لا ينعقد العقد المصرفي بمجرد صدور قبول ممن يريد الحصول على هذه الخدمة. كما يجب على البنك أن يستخدم بعض العبارات الدالة على ذلك مثل: (دون التزام) أو (بعد التأكيد) (٣).

Michael Chissick, Alistair Kelman; Op.Cit, p. 82; N. stephan Kinsella, Andrew F.Simpson; Op, Cit, p. 162; Harry SK Tan, Electronic transactions regulation – Singapore, Computer law & Security report Vol. 18 no. 5, 2002, 345.

(١) د. فريد عبد المعز فرج، مرجع سابق، ص 530.

(٢) المرجع السابق، ص 530.

(٣) د. أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية،

بل يحتاج الأمر إلى صدور إيجاب منه لهذا العرض، على أن ينظر البنك بعد ذلك في جدوى هذا الإيجاب، ويقرر بعده ما إذا كان سيقبل إبرام العقد أم لا.

وترتيباً على ما سبق ذكره، نخلص إلى أن ما يصدر عن البنك هو مجرد دعوة للتعاقد لا تلزم البنك بالتعاقد، وأن هذه الدعوة تحتاج لإيجاب من قبل العميل، على أن ينظر البنك في هذا الإيجاب ليقرر ما إذا كان سيقبله، أم يرفضه.

المبحث الثاني

القوة الملزمة للشروط أحادية الجانب

يثار بعض الشك حول القوة الملزمة للعقد عندما ينفرد أحد أطرافه بصياغة شروطه، ويقتصر دور الطرف الآخر في مجرد قبولها، حيث يصعب وصف هذا العقد بأنه وليد الإرادة المشتركة للمتعاقدين، لصعوبة التأكد من انصراف علم وإرادة القابل لمضمون شروط العقد، بسبب أسلوب صياغتها، أو غياب التفاوض بشأنها، خاصة إذا كانت هذه الشروط تعفي الطرف القوي من المسؤولية في حالة عدم تنفيذ التزاماته أو تنفيذها معيبة، أو التي تسقط حق المستهلك في المطالبة بالفسخ أو التعويض.

2003، ص72؛ د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص68؛

Michael Chissick, Alistair Kelman; Op. Cit, p89

أولاً/ ارتباط القوة الملزمة للعقد بعلم المستهلك بها:
لما كانت إلزامية العقد مرتبطة بصدوره عن إرادة حرة، فإن هذه الإرادة يصعب التسليم بوجودها في ظل غياب علم أحد المتعاقدين بمضمون العقد، الأمر الذي يثير التساؤل حول المقصود بالعلم بمضمون العقد، هل هو العلم المفترض، الذي يتحقق بمجرد التوقيع على العقد، أم هو العلم الحقيقي الذي يستند على فهم فعلي لمضمون الشروط وقبولها. يمكن القول بأن تحديد مقدار العلم المطلوب مرتبط بطريقة صياغة شروط العقد من ناحية، وأسلوب صياغتها، وذلك على التفصيل التالي:

1/ علاقة العلم بمضمون العقد بأسلوب تحرير شروطه:
تلعب صياغة العقد دورًا بالغ الأهمية في تنظيم موضوع العقد بطريقة يسهل من خلالها إحاطة أطرافه به علمًا، وبالتالي هي الوسيلة التي يمكن من خلالها تفرغ مضمون ما اتفق عليه الأطراف بصورة منظمة ومفهومة. فالصياغة أكبر من أن تكون مجرد حروف وأشكال ترسم على أوراق العقد، وإنما هي في حقيقتها أسلوب لترجمة إرادة المتعاقدين بما يحقق مصالحهم المشتركة⁽¹⁾.

وقد وجد لهذا الأمر صدى واضح في نص المادة (750) من القانون المدني المصري، التي قررت بأن كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل واضح وظاهر وكان متعلقًا بحالة من الأحوال الخاصة بالبطان أو السقوط فإنه يقع باطل.

وقد قضت محكمة النقض تطبيقًا لذلك بأن " يقع باطلًا كل شرط مطبوع يرد في عقد التأمين لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقًا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط، يتعين إعمال أثر الاتفاق على استثناء بعض حالات الخطر المؤمن منه من التأمين متى كانت محددة تحديدًا واضحًا ومفردًا في شرط خاص"⁽²⁾.

والملاحظ أن المشرع لم يضع قاعدة عامة، وإنما خص فقط عقد التأمين بهذا الحكم، وبناء عليه لا يمكن للقاضي أن يحكم ببطلان العقد

(1) د. منصور حاتم محسن، د. إيمان طارق مكي ، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد، بدون دار وتاريخ نشر، ص401.
(2) نقض مدني، رقم (871)، س ق 49، بتاريخ 1985/11/12، ج5، ص416-417.

أو فسخه لعدم وضوح الصياغة في عقد آخر غير التأمين، كما لا يمكن له أن يتدخل لتعديل شروط العقد إلا إذا أثبت أنه عقد إذعان. الأمر الذي يكشف عن عجز القواعد العامة.

وفي كافة الاحوال، الأمر لا يحتاج لنص خاص لتحقيق إلزامية صياغة العقد بطريقة واضحة ومنضبطة، حيث أن هذا من مقتضيات العقد بحسب ما تفرضه قواعد حسن النية في هذا الخصوص، فلا أقل من تفرغ إرادة المتعاقدين بأسلوب سهل ومبسط يمكن استيعابه، خاصة إذا ما كنا بصدد عقد أنفرد أحد المتعاقدين بصياغة شروطه وأحكامه دون أن يشاركه الطرف الآخر في ذلك، حيث تبدو أهمية علم الطرف الآخر بمضمون العقد، وهذا الأمر من أولى مقتضياته صياغة عبارات العقد بطريقة واضحة ومبسطة.

ومن هنا يمكن القول بأن الصياغة ليست مجرد كلمات وعبارات لمليء فراغات العقد، وإنما هي مرآة تعكس ما عليه إرادة المتعاقدين، ومن ثم لا يمكن القول بأنه يكفي مجرد العلم المفترض بها وإنما يجب العلم القائم على الفهم والإدراك الحقيقي. والسؤال الذي يثور في هذا الصدد يتعلق بألية حماية المتعاقد الآخر من مضار الصياغة الغامضة لشروط العقد الأحادي الجانب؟ يلجأ التجار غالباً إلى أسلوب التشويش والتضليل وهم بصدد صياغة بعض شروط العقد التي تنطوي على تقرير إعفاءات خاصة لهم من المسؤولية (كشروط عدم الضمان، أو عدم المسؤولية عن العيوب الخفية)، كصياغة هذه الشروط بأحرف دقيقة لا ترى بسهولة، أو صياغتها بطريقة متلاصقة يصعب قراءتها، أو إسقاط شرط جوهري بين مجموعة من الشروط الثانوية، بحيث أن المتعاقد الآخر في كافة هذا الحالات يصعب عليه العلم الحقيقي بمضمون مثل هذه الشروط عند التوقيع على العقد، خاصة إذا ما كنا بصدد عقد نموذجي. وقد يلجأ بعض التجار إلى أساليب غير مباشرة لإخفاء هذه الشروط، كأن يعلن أحدهم عن السلعة ويبرز مزايا التعاقد في الإعلان؛ مثل سعر شراء السلعة المنخفض، أو طرق الدفع الميسرة (كالدفع على أقساط)، على أن يقوم مقابل ذلك بنقل عبء الأخرى على عاتق المستهلك، دون أن يتمكن من إدراك ذلك، خاصة إذا كان التعاقد يتم بوسائل سريعة، كالتعاقد الإلكتروني، الذي يمكن معه للبائع أن يدرج بالعقد العديد من الشروط والملاحق، التي يصعب عليه الالمام بها. أو أن يقرن شرط ضمان صلاحية المنتج للعمل و ضمان

خدمة ما بعد البيع بشرط الإعفاء من المسؤولية، الأمر الذي يجعل المستهلك ينبهر بخدمة ما بعد البيع ولا يلتفت كثيراً لباقي شروط العقد، ليظهر التاجر وكأنه قد قدم خدمة استثنائية للمستهلك، في حين أنه قد حرمه من أحد الضمانات، ليكون الأمر وبالأعلى عليه وهو لا يدري. وقد ذهب جانب من الفقه^(١) إلى أنه لا يمكن افتراض علم المتعاقد بهذه الصياغات الغامضة أو المبهمة، وأن توقيعه في مثل هذه الحالة لا يعكس رضائه ولا يعبر عن حقيقة ما اتجهت إليه إرادته، ويقع على القضاء عبء ثقل في تفسير واستخلاص نية المتعاقدين في ضوء عبارات العقد وظروف التعاقد.

ويبدو لنا أن النظر للمستهلك دائماً على أنه الطرف الضعيف لن يقدم حلاً شافياً، بل يجب أيضاً أن ننظر إليه في بعض الوقت بأنه مقصر، فكتابة شروط العقد بصياغة مبهمة لا ينفى وجودها، وإلحاق العقد بالعديد من التفاصيل لا يعنى دائماً أن التاجر يسعى إلى تضليل المستهلك، حيث أن عدم علمه بها يمكن أن ينسب إلى تقصيره في قراءة العقد ودراسة شروطه بتأني حتى ولو كانت هذه الشروط مصاغة بأسلوب مبهم. فعلى الرغم من أن المستهلك له مصلحة يجب حمايتها، فالتاجر هو الآخر مصلحته يجب حمايتها، ومن ثم يجب دائماً مراعاة هذه المصالح حتى نصل إلى التوازن المنشود.

وعلى أية حال، هذا الأمر يشهد صعوبة من نوع خاص، تتمثل في أنه يدفع القاضي إلى البحث في النوايا بغية الوصول إلى القصد الحقيقي، وهذا بلاشك طريق محفوف بالمخاطر، أهمها صعوبة الإثبات. وقد لجأت بعض التشريعات إلى توفير حماية قسرية للمستهلك، تمثلت في قيامها بإبطال الشروط التي تنقص أو تسقط الضمان القانوني المقرر لمصلحة المستهلك^(٢)، وعلى الرغم من منطوقية حكم هذه النصوص، إلا أن الأمر مفترض بمقتضى قواعد حسن النية في التعاقد، التي تفرض على التاجر ألا يتخلى عن مسؤوليته تجاه المستهلك بشكل يضر بمصالحه، والتي من أهمها تحمل مسؤوليته في الضمان القانوني.

(١) د. منصور حاتم محسن، د. إيمان طارق مكي ، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد، مرجع سابق، ص416.

(٢) راجع قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 649/93 لسنة 1993، وقانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006.

لذلك يبدو لنا أن الغموض في صياغة الشروط العقدية لا تعطى الحق للمستهلك في طلب ابطال العقد إلا أن طلب من التاجر أن يوضح له أحد شروط العقد أو تفسيرها وأبي، أو أنه كتم بعض البيانات أو المعلومات التي كان من الواجب أن يفصح عنها. لكن القول بأن صياغة بنود العقد كانت مبهمة أو أن أحد الشروط كتب بطريقة ليست واضحة، فلا يمكن الجزم دائماً بوجود تقصير من قبل التاجر، بل قد يتحمل المستهلك جزء كبيراً منها.

2/ علاقة العلم بشروط العقد بمكان وضعها:

جرى العمل في مجال عقود التجارة الدولية على أن شروط العقد قد تصاغ في وثيقة واحدة أو أكثر من وثيقة. كما أن هذه الشروط تنوزع بين وثيقة العقد الأصلية وبعض الوثائق الأخرى؛ كالكتيبات الدعائية أو الملصقات الاعلانية أو ملاحق العقود.

أ/ العلم بالشروط الواردة في الوثيقة الأصلية للعقد:
الأصل أن الوثيقة الأصلية للعقد هي التي تمهر بتوقيع المتعاقدين، ومن ثم يفترض أنهما قد أحبطا بها علماً، وأن توقيع هذه الوثيقة يجعلها حجة على طرفيها بما ورد فيها من شروط، ومن ثم لا يجوز التنصل منها أو إثبات عكس ما ورد فيها إلا بالكتابة.

ويثير الفرض السابق تساؤلاً يتعلق بالقوة الملزمة للشروط التي ترد بعد توقيعات المتعاقدين؟

الأصل أن ما يلزم المتعاقدين هو فقط ما جاء سابقاً لتوقيعاتهم، باعتبار أنه القدر المتيقن انصراف إرادة المتعاقدين إليه، كل ذلك ما لم يثبت أن اطلاع المتعاقدين عليها ورضائهما بالشروط الإضافية.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الشروط التي تكتب بعد توقيع المتعاقدين تعد جزء من العقد بشرط أن يكون العمل بين المتعاقدين قد جرى على ذلك، ولم يبدى أحدهما اعتراضه على هذا الأسلوب^(١).

ومن جانبنا يبدو لنا أن مثل هذه الشروط يجب أن يعاد التوقيع أسفل منها كي نقطع الشك باليقين في مسألة تتعلق بتكوين ركن الرضا الذي هو عماد أي عقد، خاصة إذا كانت الشروط المضافة تتعارض مع ما سبق التوقيعات من شروط.

(١) المرجع السابق، ص416.

ب/ العلم بمضمون الوثائق الإضافية (العلم بطريق الإحالة):
يثير هذا الأمر إشكالية حقيقية، حيث يلجأ بعض التجار إلى عدم سرد كل شروط التعاقد في صلب العقد، بل يكتف فقط بذكر بعض الشروط، على أن يتم الإحالة إلى الشروط التي وردت في الكتيبات أو السندات الاعلانية المرفقة بالعقد، الأمر الذي يثير التساؤل حول تحقق علم المتعاقد لمجرد إحالة الوثيقة الأصلية إلى الشروط التي وردت في أحد الوثائق الإضافية.

- صور الإحالة للوثائق الإضافية:
تظهر صور الإحالة في للوثائق الإضافية في العقد الأصلي على صورتين⁽¹⁾:

الصورة الأولى/ الإحالة الصريحة:
يحرص بعض التجار على بيان شرط الإحالة بشكل واضح وصریح، وذلك حتى يلفت نظر المتعاقد بشكل قاطع إلى الوثائق الإضافية حتى يطلع عليها ويعلم بمضمونها، وبحيث يعد توقيعها على الوثيقة الأصلية علمًا بمضمون الوثائق الإضافية.
ومن الأمثلة على شرط الإحالة: " مع العلم بأن التوقيع على الوثيقة الأصلية للعقد يعنى الموافقة على ما جاء في الوثائق الإضافية من شروط" أو " راجع الوثائق الإضافية التي تعد جزء لا يتجزأ من العقد " أو " ملحوظة: العقد يتكون من وثيقة أصلية وعدد من الوثائق الإضافية".

الصورة الثانية/ الإحالة الضمنية:
وقد تظهر الإحالة في العقد الأصلي بصورة ضمنية، كما لو كان هناك تعامل سابق فيما بين المتعاقدين، وجرى العمل بينهما على أن العقد دائمًا ما يكون له وثائق إضافية، بحيث يعد توقيع المتعاقد على الوثيقة الأصلية موافقة أيضًا على الوثائق الإضافية الملحقة به، كل ذلك ما لم يصرح أحد المتعاقدين بإلغاء النظام الذي اعتادوا عليه، أو يتحفظ عليه بأي شكل من الأشكال، حيث تعد موافقة المتعاقد على الوثيقة الأصلية موافقة على ما جاء في الوثيقة الإضافية.

(1) المرجع السابق، ص417.

وبخصوص تحقق علم المتعاقد بالشروط المحال إليها سواء كانت صريحة أم ضمنية، فقد ذهب جانب من الفقه^(١) إلى أن الأمر يقتضي التمييز بين ما إذا كانت المنفعة المحققة من الشرط تعود إلى واضعها أم إلى المتعاقد الآخر، فإذا كانت المنفعة تعود للمتعاقد (المستهلك) فإنه يكفي بشأنها مجرد الإحالة الضمنية كي تكون ملزمة. أما إذا كانت المنفعة المترتبة على الشروط الواردة في الوثيقة الإضافية سوف تعود على واضعها فيجب في مثل هذه الحالة أن تكون الإحالة صريحة من أجل حماية المستهلك، وإلا اعتبرت هذه الشروط كأن لم تكن لأنها لا تعبر إرادة أطراف العقد.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع هذا الرأي، حيث أنه ميز بين صور الإحالة على أساس تحقق منفعة المستهلك من عدمه، رغم أن هذا الأمر بعيداً تماماً عن الغرض من الإحالة وهي العلم بمضمون العقد لتكوين إرادة حقيقية وواعية. فقد يكون الشرط لا يحقق منفعة للمستهلك، ولكنه على علم به ويقبله ويرضاه، وعلى استعداد لقبوله والالتزام به مقابل أنه يستفيد من التاجر من جانب آخر. من ناحية أخرى ذهب الرأي السابق إلى أن الشرط إذا كان يحقق المنفعة للمستهلك فيكفي مجرد الإحالة الضمنية، باعتباره أقل قوة ويحقق منفعة له، إلا أن هذا الرأي قد غفل أن الشرط الذي يحقق منفعة للمستهلك هو في ذاته التزام على التاجر، الأمر الذي يجب معه أن يحاط المستهلك به علماً حتى يكون على دراية بطبيعة ما له من حقوق.

(١) المرجع السابق، ص417.

الفصل الثاني

علاقة الشروط أحادية التحرير باختلال التوازن العقدي

المبحث الأول

تطور مفهوم اختلال التوازن العقدي في العقود أحادية الجانب

ارتبطت فكرة اختلال التوازن الاقتصادي لفترات زمنية طويلة بعقود الإذعان، حيث كان القضاء إذا ما استشعر أن التاجر قد استغل نفوذه في الاجحاف بحقوق المستهلك، فكان يصف العقد بأنه عقد إذعان، بمعنى آخر انحصر اختلال التوازن الاقتصادي ومن ثم الإذعان في عقود الاستهلاك.

ولعل عقود التجارة الدولية في الأونة الأخيرة قد كشفت عن قصور هذا المفهوم، وعدم تناسبه مع المستجدات الاقتصادية والاجتماعية لهذه العقود، التي لم تعد تنظم فقط علاقة التاجر بخصوص انتقال سلع وبضائع بين أكثر من دولة بخصوص ما يمارسونه من أنشطة تجارية، ولكن امتدت لتشمل العقود التي تجمع التاجر بغير التاجر بخصوص سلع أو خدمات تم التعاقد عليها دولياً، والذي لم يعد فيه اختلال التوازن الاقتصادي مقصور فقط على المستهلك، ولكن أصبح يرى أيضاً في حق التاجر، نتيجة استغلال المستهلك لحاجته الشديدة للأموال، فيتعاقد معه بشروط مجحفة، الأمر الذي أصبح معه عدم التوازن فكرة تشير الى وجود نوع من الاختلال في التوازن الاقتصادي في بين التزامات وحقوق أطراف العقد، وذلك على النحو الذي يجحف بحقوق أحد أطرافه. من ناحية أخرى، مفهوم اختلال التوازن الاقتصادي أوسع مدلولاً من الإذعان، حيث أن الأخير مقصور على العقود التي تبدأ وهي مصابة بانعدام التوازن بين الأطراف نتيجة استئثار أحد أطراف العقد بصياغة شروطه. أما مفهوم اختلال التوازن الاقتصادي فهو يشمل الحالات التي يبدأ فيها العقد وهو مختل اقتصادياً أو يبدأ متوازن ولكن يصاب بعد ذلك باختلال التوازن نتيجة تغير الظروف. خصائص اختلال التوازن الاقتصادي في العقود أحادية الجانب: يتميز اختلال التوازن الاقتصادي لعقود التجارة الدولية بخصائص معينة عكست تميزه، وهي: 1/ تقرير مزايا استثنائية لأحد أطراف العقد:

يتجلى اختلال التوازن الاقتصادي لعقود التجارة الدولية في حصول أحد أطراف العقد على مزايا استثنائية قبلها الطرف الآخر رغماً عنه لحاجته للعقد. ولا يقتصر مفهوم المزايا فقط على المزايا المالية، ولكنه يشمل أيضاً كل ما من شأنه إعفاء المتعاقد من قيامه بالتزام كان من الواجب عليه القيام به بمقتضى طبيعة العقد وظروفه، أو تحميله بالتزام يمثل إرهاباً بالنسبة له⁽¹⁾. وذلك كما لو ألقى التاجر نفسه من ضمان العيوب الخفية أو ضمان الاستحقاق.

ولما كان حصول أحد أطراف العقد على مزايا استثنائية هي مسألة نسبية تختلف من عقد لآخر، فالميزة التي قد تظهر في أحد العقود على أنها استثنائية، قد تكون في عقد آخر أمر مألوف، لذلك تنور أهمية الوقوف على معيار تحديد متى تعد الميزة استثنائية من عدمه؟ ذهب البعض رداً على هذا التساؤل إلى أن تقدير مدى وجود اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد من عدمه يكون في ضوء طبيعة كل شرط من شروط العقد منفرداً، بحيث يعامل كل شرط وبند لذاته وبصورة مستقلة ومجردة عن باقي شروط العقد.

وعلى صعيد مقابل، ذهب اتجاه آخر — وبحق — إلى أن تقدير اختلال التوازن الاقتصادي للعقد يجب أن يتم في ضوء مجموع شروط العقد وليس فقط أحد شروطه حتى ولو كان هذا الشرط يمثل خروجاً على المألوف.

ويجب ملاحظة أن عدم التعادل بين حقوق والتزامات أطراف العقد كسبب لاختلال التوازن العقدي لا يقاس فقط وقت بداية العقد، ولكنه يشمل أيضاً حالات اختلال التوازن التي تطرأ بعد انعقاد العقد على أثر الظروف الطارئة.

ويبدو لنا صحة ما ذهب إليه الاتجاه الثاني، وذلك بالنظر إلى أن وجود نص أو شرط يمنح أحد المتعاقدين ميزة لا يعنى وجود اختلال في توازن العقد، لأنه قد ينتقص من حقوقه شيء بموجب شرط آخر في العقد، ومن ثم يجب تقدير وجود التوازن من عدمه في ضوء كافة شروط وبنود العقد. وفي كافة الأحوال تقدير اختلال توازن العقد مسألة

(1) نقض مدني، طعن رقم (105)، دائرة رقم (7)، أحكام محكمة النقض، مجموعة المكتب الفني لسنة 1985، ص 1184.

موضوعية تخضع لتقدير محكمة الموضوع، التي يجب أن تقدرها في طبيعة العقد وأطرافه وظروف تطبيقه.

2/ استغلال الطرف الضعيف في العقد:

لا يعنى انعدام التعادل بين حقوق والتزامات المتعاقدين أن هناك اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، لأنه من المحتمل أن يكون عدم التعادل عائد إلى تمتع أحد أطراف العقد بقدرة تفاوضية عالية، أثمرت عن حصوله على مكاسب خاصة برضاء الطرف الآخر، وإنما يجب أن يكون عدم التعادل عائد لاستغلال الطرف القوي اقتصادياً أو فنياً لضعف الطرف الآخر وحاجته للعقد.

وقد جرت الدراسات المختلفة على النظر للتاجر دائماً على أنه الطرف الأقوى الذي يسعى لاستغلال المستهلك، رغم أن هذا الأمر لا يتحقق دائماً، حيث هناك حالات عديدة يكون الطرف القوي فيه هو المستهلك، وذلك عندما يستغل حاجة التاجر للتعاقد، فيحصل على السلعة أو الخدمة بشروط مجحفة بالتاجر.

- التعسف المخل بالتوازن العقدي في العقود أحادية الجانب:
ارتبطت الشروط التعسفية لفترات زمنية طويلة باختلال التوازن العقدي، حيث يحدث هذا الاختلال عادة عندما يكون أحد أطراف العقد متفوقاً على الآخر اقتصادياً أو فنياً أو لكونه يحتكر تقديم سلعة أو خدمة معينة فيستغل هذا التفوق في فرض شروطاً تحقق له تميز لا يرضى عنه الطرف الآخر، الذي يضطر على أثر حاجته للسلعة أو الخدمة لقبول هذا التمييز.

- تطور مفهوم التعسف في العقود أحادية الجانب:

شغل تعريف التعسف حيزاً كبيراً من اهتمامات الاديبيات القانونية، وقد تعددت المعايير المتبعة من قبل كل نظام قانوني بحسب الفلسفة الاقتصادية السائدة لديه، فأرتبط تعريفه تارة بالرغبة في حماية الطرف الضعيف اقتصادياً في العقد، وتارة أخرى بالطرف الأقل خبرة فنية، وتارة بالطرف الذي تفرض عليه شروط العقد ولا يملك مناقشتها، الأمر الذي أدى إلى وجود نوع من الضبابية في الوقوف على مفهوم محددًا للتعسف.

ومما لا شك فيه أن عقود التجارة الدولية تتمتع بذاتية خاصة، بحكم أنها عقود ذات طابع دولي، وأنها غالبًا ما تتم بين أفراد يتمتعون بجنسيات مختلفة، الأمر الذي جعل للتعسف مفهومًا خاصًا. عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة (35) من القانون رقم (23-78) الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات الصادر سنة 1978 بأنه عبارة عن "الشروط المفروضة من غير المحترفين أو المستهلكين تحت تأثير التفوق الاقتصادي للطرف الآخر، والذي يمنح الأخير ميزة فاحشة" (١). ثم عاد وعرفه في المادة (1/132) من القانون رقم 96-95 الصادر سنة 1995 بأنه عبارة عن "الشرط الذي يظهر في العقود بين المحترفين وغير المحترفين والذي يكون موضوعه الإضرار بغير المحترفين، بسبب عدم التوازن بين حقوق والتزامات أطرافه".

عرف أيضًا في القانون البلجيكي الصادر بتاريخ 14 يوليو لسنة 1991 الخاص بالنصوص العامة المتعلقة ببيع السلع والخدمات للمستهلكين بأنه عبارة عن "كل شرط تعاقدى يؤدي إلى اختلال مبالغ فيه في التوازن بين الحقوق والالتزامات التعاقدية لمصلحة المستهلك" (٢). وعن المشرع الألماني فقد عرفه في المادة (9) من قانون عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن الصادر سنة 1967، بأنه عبارة عن الشرط الضار والمجحف بحقوق الشريك في العقد، يضعه المشتري بطريقة مجحفة وتخل بمقتضيات حسن النية (٣).

(١) راجع:

Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services dite "loi Scrivener".

(٢) راجع:

Loi de 14 Juillet 1991 sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection de consommateur, Bruxelles, 1994.

(٣) راجع:

وعلى الصعيد العربي، فقد ظل الفقه والقضاء لفترات زمنية طويلة يتبنى مفهومًا ضيقًا لشرط التعسف، حيث كان يعرفه بأنه ذلك الشرط الذي يضعه التاجر سلفًا ولا يقبل من المستهلك تفاوضًا. وقد كان هذا الشرط وفق هذا المفهوم يقوم على خاصيتين: الأولى تتعلق بانفراد التاجر بوضع الشرط، دون أن يقبل تفاوض من المستهلك. والثانية تتعلق بقدرة التاجر على فرض هذا الشرط، بحكم أنه الأقوى في مواجهة المستهلك، الذي يرضخ لسلطة التاجر، لحاجته للسلعة أو الخدمة محل العقد.

وقد علفت غرفة التجارة الدولية بباريس على ذلك بالقول، أن تعاضم قوة التاجر في مواجهة المستهلك أدت إلى انتشار الشروط التعسفية، وذلك على النحو الذي أصبحت هذه العقود توصف بأنها عقود إذعان⁽¹⁾. عرفه المشرع الجزائري في القانون المنظم للممارسات التجارية رقم 4/2 الصادر في 23 يونيو 2004 بأنه عبارة عن " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركًا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد". وقد تعددت المعايير المتبعة لتصنيف الشروط التعسفية لعدة معايير، أهمها:

أولاً/ من حيث أطراف العلاقة العقدية: يعرف بأنه عبارة عن الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من غير المهني نتيجة تعسف الأخير في استعمال سلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة".

ثانيًا/ من حيث وقت فرضه: هو عبارة عن الشرط المحرر مسبقًا من قبل الطرف صاحب السطوة الاقتصادية. ثالثًا/ من حيث أثره على توازن العلاقة العقدية: فقد تم تعريفه بأنه عبارة عن شرط يترتب عليه اختلال توازن العلاقة العقدية بشكل واضح

Germany the 1976 Unfair Contract Terms Act (commonly referred to as the AGBG) codified the previous case law on unfair standard terms

(1) د. محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، مرجع سابق، ص13.

بين حقوق كل من المهني والمستهلك، نتيجة استخدام الأول لقوته الاقتصادية في مواجهة الطرف الآخر.

يجب ملاحظة عدم الخلط بين شرط التعسف وعقد الإذعان، فالأول يشمل الحالات التي يمنع فيها مناقشته بصورة واضحة، أو تكون المناقشة متاحة لكنها ظاهرية فقط وليست حقيقية. أما عقد الإذعان فهو العقد الذي لا يمكن مناقشة شروطه لا ظاهرياً ولا فعلياً.

- المواصفات الخاصة لشرط الإذعان في العقود أحادية الجانب⁽¹⁾:

يحظى شرط التعسف بمواصفات خاصة في العقود أحادية الجانب، وهي:

- 1/ أن شرط التعسف يشكل عبئاً على الطرف الآخر.
- 2/ هو شرط لا يجب ربطه فقط بحماية المستهلك، ولكن بالطرف الذي أضير من اختلال التوازن العقدي. فكثير من العقود يكون عدم التوازن فيها على حساب مصلحة التاجر أو مقدم الخدمة؛ كما لو استغل المشتري أو المستأجر الحاجة الشديدة والملحة وفرض شروط غير عادلة.
- 3/ يجب ربط الإذعان فقط بعدم القدرة على تعديل العقد على أثر ربطه فقط عند وضع العقد.
- 4/ أن شرط الإذعان غير مرتبط بكون العقد نموذجي.
- 5/ هذا الشرط مفروض من قبل الشخص الأقوى بحكم مركزه، سواء كان الأقوى إقتصادياً أو اجتماعياً أو فنياً أو غيرها مما يؤثر على توازن الحقوق والالتزامات العقدية بين الطرفين.
- 6/ هناك فرق بين الشرط التعسفي والاكراه، حيث أن الثاني سواء كان مادياً أم معنوياً يؤدي إلى تعيب الإرادة دون أن يعدمها، بما يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من تعيبت إرادته، أما الشرط التعسفي فليس عيباً من عيوب الرضا، ولا يؤدي إلى إبطال العقد كقاعدة عامة. ومع ذلك يمكن أن يوصف الشرط التعسفي بأنه نوع من الاكراه الاقتصادي يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي دون أن يمثل إكراهاً.

(1) د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، كلية القانون - جامعة بغداد، ص214، متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=46550>

عرف التوجيه الأوربي الخاص بالإعلانات المضللة 29/2005 التأثير غير المبرر أو غير المناسب undue influence بأنه عبارة عن استخدام مركز القوة في العلاقة مع العميل لممارسة نوع من الضغط والتأثير بدو استخدام التهديد بالقوة البدنية، وبطريقة تحد من قدرة المستهلك على اتخاذ القرار المناسب والمستنير^(١).

جدير بالذكر أن عدم التوازن سمة ليست مقصورة على الشروط التعسفية فقط، بل هي أمر قد يوجد في بعض العقود ومع ذلك لا توصف شروطها بالتعسفية، ودليل على ذلك عقد الهبة، حيث أن عدم التوازن بين التزامات أطرافه أمر واضح جداً، حيث يحصل أحد أطرافه (الموهوب له) على عوض دون مقابل. وأيضاً العقد الاحتمالي، الذي هو عبارة عن عقد لا يستطيع فيه كل متعاقد أن يحدد لحظة إبرام العقد تحديد مقدار أدائه في العقد، كعقد التأمين، حيث لا يعلم المؤمن له هل سيقبض مبلغ التأمين أم لا، ولا مقدار الأقساط التي سيدفعها لشركة التأمين. فهذه العقود تجد عدم توازنها في طبيعة العقد، وذلك على عكس شروط التعسف، حيث أن عدم التوازن فيها ناتج عن فعل المتعاقد الذي يستغل ضعف شريكه في العقد وحاجته ليفرض عليه شروطاً تخل بتوازن العقد^(٢).

جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري أن وصف العقد كعقد إذعان لتضمنه شروطاً تعسفية يتحقق بتوافر ثلاثة شروط:

1/ أن يتعلق العقد بسلع أو خدمات تعتبر من الأساسيات بالنسبة للمستهلكين.

2/ أن يكون هناك احتكار فعلي أو قانوني في تقديم السلع أو الخدمات، وذلك على النحو الذي يجعل المنافسة بشأنها محدودة.

(١) راجع:

DIRECTIVE 2005/29/EC, (Unfair Commercial Practices Directive), CHAPTER 1, GENERAL PROVISIONS, Article (2/j).

(٢) رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد (5)، بدون تاريخ نشر، ص348.

3/ أن يوجه الانتفاع بهذه السلعة أو الخدمة للجمهور كافة وبشروط مماثلة وعلى وجه الدوام.
مثال عقد ايجار السيارة مدة زمنية طويلة، كأن يفرض المؤجر على المستأجر تحمل تبعة هلاك أو تلف جميع الأجهزة والمعدات في السيارة.

وفي 26 مايو صدرت مجموعتين من التشريعات خاصة بحماية المستهلك، الأول كان يحمل عنوان: حماية المستهلك من التشريعات التجارية غير العادلة (CPRs)، والثاني كان خاص بالحماية التجارية من التسويق المضلل (BPRs)، وقد دخلت هذه التشريعات حيز النفاذ في مجال الدعاية والتسويق المضلل، وتضمنت عقوبات جنائية لمرتكبي هذه الاعمال. وقد حظرت هذه التشريعات ما يقرب من 31 من الأفعال المحظورة، كما عالجت هذه التشريعات ايضاً أحكام الإعلان المقارن، وفرضت عقوبات تمثلت في الغرامة والحبس. وقد سعت هذه التشريعات إلى حماية المستهلكين والتجار من الممارسات التجارية غير العادلة والتسويق المضلل وتحسين مستوى خيارات الحماية. علاوة على ذلك، سعت الحكومة البريطانية لتنفيذ هذه التشريعات بأسلوب بسيط بما يحقق الحماية للمستهلك، لتحل هذه التشريعات محل ما يقرب من 40 قانون 36 لائحة. وقد وصفت هذه الخطوة بأنها أحدثت هزة في تشريعات حماية المستهلك منذ 40 عام، وذلك منذ قانون التجارة الصادرة 1968، والذي ألغى بموجب القانون الجديد.
وعلى الرغم من أن الاعلان المقارن قد يتسبب في خلق نوع من التضليل المضر بالمنافسة إلا أن له فائدة لا تنكر، فهو يساعد المستهلك على المقارنة بين السلع والخدمات المتشابهة، بما يمنحه فرصة أوسع للإختيار واتخاذ القرار المناسب، بما يؤكد على ضرورة وضع معايير موضوعية تحكم وتنظم الاعلانات التجارية⁽¹⁾.

(1) راجع:

Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the council of 12 December 2006, concerning misleading and comparative advertising, (Codified version), item (9), *Official Journal of the European Union*.

إن قانون حماية المستهلك من التشريعات التجارية غير العادلة (CPRs) والتي سعت لتوظيف التوجيهات الأوروبية الخاصة بالتشريعات التجارية غير العادلة، والتي ألزمت التجار في كافة القطاعات من اللجوء لأعمال تجارية غير مشروعة في تعاملاتهم مع المستهلكين. وسواء كانت هذه المعاملات مباشرة أو غير مباشرة. وذلك مثل المنتج الذي يجب عليه الامتثال لهذه التوجيهات بخصوص المنتج الذي يصل للمستهلك النهائي عبر تاجر التجزئة. وأي عملية تجارية يمكن أن تؤثر في العملاء وتكون محل اهتمام منهم تندرج في نطاق التوجيهات المقررة. وكان من المتصور أن يستخدم هذا القانون كوسيلة لتحسين وتفعيل حماية المستهلك، ووضع نظام يسهل تفسيره وتطبيقه. ولتحقيق هذا الهدف فقد قام القانون الجديد بإلغاء تشريعات حماية المستهلك المتعددة التي كانت متداخلة فيما بينها. ومن أجل ما حرص عليه قانون حماية المستهلك الجديد إرساء مبدأ جديد يخاطب من خلاله التجار يسمى " لا تفعل شيء يتنافى مع مقتضيات الواجب المهني ". ومثل هذه المحاولات للإثبات المستقبلي. التشريع فيما يتعلق بالحالات والممارسات الجديدة ربما يوسع من نطاق حماية المستهلك والعبء الملقى على عاتق التاجر.

المبحث الثاني
علاقة الشروط أحادية الجانب بالممارسات التجارية غير المشروعة

1/ حظر الممارسات التجارية غير العادلة:

ورد في القانون الإنجليزي لحماية المستهلك الجديد (CPRs)

حظر عام بممارسة الأعمال التجارية غير العادلة. وقد عرفت المادة الثالثة من هذا القانون المقصود بالأعمال التجارية غير العادلة بأنها عبارة عن:

1/ العمل الذي يتعارض مع متطلبات بذل العناية والحرص المهني، وهذه المتطلبات عبارة عن المهارات الخاصة والاهتمام الذي يتوقع أن يقوم به التاجر تجاه المستهلكين، وهو ما يتناسب الممارسات السوقية الآمنة أو المبادئ العامة لحسن النية في ذات نشاط التاجر.

2/ تشويه إرادة المستهلك: وهو يتحقق من خلال إضعاف قدرة المستهلك على اتخاذ القرار المستنير فيما يتعلق بالمعاملة المطروحة، بما

يترتب عليه الإضرار به اقتصادياً. على أن يقاس سلوك المستهلك في ذلك بمعيار الرجل العادي فيما يتعلق بالسلعة.

3/ العمل المضلل (طبقاً للمادة الخامسة)، وهو العمل الذي يمكن أن يثير اللبس أو البلبلة مع أحد المنتجات أو العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو غيرها من علامات التمييز أو المنافسة، أو من شأنه الإدلاء بمعلومات كاذبة عن المنتج أو عروض خادعة أو عدم الامتثال للقوانين السارية.

4/ الإخفاء المضلل (طبقاً للمادة السادسة)، بما في ذلك إخفاء المعلومات الجوهرية أو استخدامها بطريقة غير واضحة. أو الخطأ في تحديد النوايا التجارية.

5/ الممارسات الضارة (طبقاً للمادة 7) وهي عبارة عن الممارسات التجارية التي تضر بشكل كبير، أو من المحتمل أن تضر أو يحتمل أن تضعف حرية المستهلك في الاختيار، أو محاولة التضييق عليه، بما يجعله يتخذ قرار التعاقد رغم أنه لم يكن ليتخذه لولا هذه الممارسات.

6/ الأفعال المدرجة بالجدول رقم (1)، والتي ضمت واحد وثلاثون فعل من الأفعال المحظورة، والتي وصفت بأنها الأعمال التجارية غير العادلة، وهي تشمل الادعاء الكاذب في وصف السلعة؛ كما لو كان المستهلك سوف يقوم بدفع شيء آخر غير التكلفة التي لا يمكن تجنبها أو دفع نفقات التوصيل. وقد دعي الحكم الأخير للتساؤل حول مدى منعه لقيام التاجر بالإعلان عن "أشترى واحدة وأحصل على الأخرى مجاناً". وقد

ذهبت وزارة التجارة البريطانية ((BERB)) والمفوضية الأوروبية إلى

أن مثل هذه العروض لا يجب أن تعتبر مخالفة لقانون حماية المستهلك الجديد، مادام الثمن المقرر للسلعتين هو ثمن واحدة فقط. ومن بين الأعمال التي وضعت أيضاً في القائمة السوداء، الإعلان عن منتج مشابه لمنتج تصنعه شركة أخرى، وذلك على النحو الذي من شأنه تضليل العملاء ليعتقدوا بأنه ذات المنتج.

أضافت المادة (3/5) أنه يعد من قبيل الممارسات التجارية المضللة تسويق المنتجات بطريقة تتسبب في خلق نوع من الارتباك بأحد المنتجات أو العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو غيرها من وسائل تمييز المنتجات، والتي من شأنها إيقاع المستهلك في خطأ، مع الأخذ في الاعتبار محتوى السلعة وظروف التسوق. وهي تعتبر جريمة طبقاً لقانون

حماية المستهلك، وذلك بغض النظر عن تعارضها مع مقتضيات العناية المهنية، وبصرف النظر عن معتقدات التاجر.

من جهته، عرف التوجيه الأوربي الخاص بالممارسات غير العادلة في المادة (1/6) العمل المضلل بأنه عبارة عن كل عمل ينطوي على معلومات كاذبة من شأنها أن تخدع أو من المحتمل أن تخدع المستهلك العادي، حتى ولو كانت هذه المعلومات صحيحة، بخصوص واحد أو أكثر من العناصر الأخرى للسلعة أو الخدمة المعلن عنها، وهو ما يتسبب أو يحتمل أن تتسبب في اتخاذ قرار التعاقد، وهي⁽¹⁾:

- 1/ منشأ المنتج أو طبيعته.
- 2/ الخصائص الرئيسية للمنتج، مثل توافره وفوائده ومخاطره وتكوينه وملحقاته، وخدمة ما بعد البيع للمستهلك، وطريقة وتاريخ الصنع والملائمة للغرض ومصدره الجغرافي والتجاري، والنتائج التي يمكن توقعها، والمزايا المتوقعة في ضوء الاختبارات التي أجرت على المنتج.
- 3/ مدى وفاء التاجر بتعهداته، ودوافع ممارسة العمل التجاري، وطبيعة عملة البيع.
- 4/ الثمن أو طريقة احتسابه، أو وجود ميزة معينة للسعر.
- 5/ الحاجة للسلعة أو طريقة استبدالها أو إصلاح ما بها من عيوب.
- 6/ طبيعة حقوق التاجر وسماته الخاصة هو ووكيله، مثل هويته ومؤهلات وعناصر الملكية الصناعية وجوائز والشهادات التي حصل عليها.
- 7/ حقوق المستهلك، بما في ذلك حق استبدال السلعة وكيفية سداد الثمن المطلوب طبقاً للتوجيه الأوربي.

عرفت المادة (1/7) من التوجيه الأوربي سالف الذكر السهو المضلل بأنه عبارة عن إغفال أحد المعلومات الجوهرية التي يحتاجها المستهلك المتوسط لاتخاذ قراره السليم والمستنير، بما يتسبب في اتخاذه قراره ليس صائب. وقد أضافت المادة (2/7)، أنه يعتبر أيضاً من قبيل

(1) راجع:

Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999

السهو المضلل، عندما يؤخذ في الاعتبار الموضوعات الموصوفة في الفقرة الأولى، وذلك إذا ما قدم التاجر معلومات بطريقة غير واضحة أو مفهومة وكانت هذه المعلومات جوهرية، وذلك على النحو الذي جعلها تفشل في تحديد القصد التجاري من العمل التجاري الذي لم يكن واضحاً من سياق النص، وفي مثل هذه الحالات لن يكون قرار المستهلك صائباً. ومما لا شك فيه أن الشروط الأحادية الجانب تشكل وسيلة التاجر لإقرار كافة ممارسته التجارية المضللة، حيث يعتمد في الغالب على العقد الذي ينفرد بصياغة شروطه كوسيلة لإكساب هذه الممارسات الحلة الشرعية، من خلال إعفاء نفسه من المسؤولية أو من الضمان، أو قيامه ببذل عناية لا تتناسب مع مقدار ما تفضيه العناية المهنية المطلوبة وطبيعة التعاقد، وهو على يقين بأن المستهلك لا يملك أن يفاوضه أو يعارضه فيما يفعل، الأمر الذي يتنافى بدوره مع مقتضيات حسن النية في التعاقد، ويشكل انتهاكاً صارخاً لحقوق المستهلك.

2/ الحماية التجارية من الإعلانات المضللة طبقاً للقانون الإنجليزي لسنة 2008:

مما لا شك فيه أن الإعلان التجاري يعد جزءاً لا يتجزأ من العقد بعد اعتماده من قبل أطرافه، فمن الخطأ قصر مفهوم العقد على الوثيقة التي يوقعها الأطراف، ولكن هذا المفهوم يمتد ليشمل ويتسع ما قام به التاجر من إعلانات سابقة على التعاقد. فهذا الإعلان هو وسيلة التاجر في رسم الإطار العام لطبيعة علاقته بالمستهلك، كما أنه وسيلة المستهلك للتعرف على طبيعة العلاقة التي ستجمع بينه وبين التاجر مستقبلاً. ولما كان الإعلان صنعة التاجر منفرداً، وأن ما جاء فيه يعد جزءاً من العقد، فهو يعد من قبيل الشروط أحادية الجانب، الأمر الذي دعي العديد من التشريعات خاصة في الآونة الأخيرة إلى أن توليه اهتماماً خاصاً، وكان من أبرز هذه التشريعات، القانون الإنجليزي للحماية التجارية من الإعلانات المضللة (BPRS)، الذي قنن ما جاء في التوجيه الأوروبي الخاص بالتضليل والإعلان المشابه، وذلك بحتمية تطبيق المعايير الحمائية ضد الإعلان المضلل الذي يمارسه التاجر، وهو ما أقتضى تعديل قانون حماية المستهلك الإنجليزي لسنة 1988. وقد عرفت المادة (1/3) الإعلان المضلل بالقول بأنها عبارة عن الإعلانات التي تخدع أو التي من المرجح أن تخدع المتعامل مع

التاجر، والتي تؤثر على سلوكياته الاقتصادية، أو التي من شأنها الاضرار أو احتمالات الاضرار بالمنافس.

ويبدو أن هذا القانون قد حرص على تعريف الإعلان المضلل بغية تمييزه عن الإعلان المقارن، حيث أن الأخير عبارة عن الإعلان المشابه لإعلان آخر، لكن ليس دائماً مضلل، والدليل على ذلك أن المادة (4) من قانون الحماية التجارية من الإعلانات المضللة (BPRS) سمح

بمثل هذا الإعلان إذا ما توافرت الشروط الآتية:

1/ إذا لم يكن مضلل وفق المادة (3) من قانون الإعلان المضلل، وكذلك طبقاً للمادة (5) من قانون حماية المستهلك لسنة 2008.
3/ إذا لم يكن الإعلان متعلق بمنتجات متشابهة أو تؤدي ذات الغرض.

4/ إذا كان يقارن بموضوعية واحد أو أكثر من العناصر ذات الصلة في أكثر من سلعة، كالجودة والسعر.

5/ ألا يتسبب في حدوث لبس فيما بين التجار. أو بين صاحب الإعلان والمنافس، أو بين العلامة التجارية والاسم التجاري، أو غيرها من وسائل التمييز الأخرى وغيرها من عناصر المقارنة.

6/ ألا يشوه أو يسيئ لسمعة علامة تجارية أو اسم تجارى مشهور.
7/ ألا يحمل ذات التسمية لمنتج مميز ببلد المنشأ.

8/ إذا كان الإعلان لا يأخذ ميزة عادلة لسمعة علامة تجارية أو اسم تجارى أو أي علامة مميزة لمنافس أو اسم المنشأ للمنتجات المنافسة.

9/ أن الإعلان لا يقدم منتجات مقلدة أو نسخ مماثلة لمنتجات تحمل علامة تجارية محمية أو اسم تجارى محمى.

هذا وقد قام قانون الحماية التجارية من الإعلانات المضللة (BPRS) بإلغاء الشروط التي يجب توافرها في الإعلانات المشابهة، والتي سبق أن وضعت من قبل قانون الإعلانات المضللة لسنة 1988، كما أنه أضاف إليها المزيد من الشروط، الأمر الذي كشف عن الرغبة في تضيق نطاق الإعلانات المشابهة المضللة. علاوة على ذلك قرار محكمة العدل الأوروبية بخصوص الإعلان المشابه في إشارة لحكم محكمة استئناف ويلز (O2 v Hutchison 3G). وقد ظهر هذا جلياً في رأى

القاضي يعقوب عندما أجاب على سؤال متعلق بالشروط الواجب توافرها في الإعلان المشابه كي يكون إعلان مشروع^(١).

(١) راجع:

Joel Smith and Rachel Montagnon, The new consumer and business protection Regulations: another string to the brand owner's bow? *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2009, Vol. 4, No. 1.

التوصيات

- خلصت هذه لمجموعة من التوصيات، كان أهمها:
- 1/ يوصى بضرورة وضع اتفاقية دولية تراعى حماية إرادة المستهلك ضد الممارسات التجارية غير المشروعة، وذلك من خلال وضع الضمانات الكفيلة بتكوين المستهلك لإرادة حرة مستنيرة.
 - 2/ يوصى بضرورة النظر إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد من منظور حقوق والتزامات أطرافه، وليس من منظور انفراد أحد أطرافه بصياغة شروطه.
 - 3/ يوصى بضرورة عدم النظر دائماً للمستهلك على أنه الطرف الضعيف في العقد الذي يحتاج لحماية، ولكن مراعاة مصالح التاجر أيضاً، الذي يحتمل أن يكون أولى بالحماية.
 - 4/ يوصى بضرورة حماية المستهلك من منظور حماية التاجر، وليس من خلال إلزامه فقط بمراعاة مصالح المستهلك، وذلك من خلال تمكينه من تحقيق مصالحه في المنافسة.
 - 5/ يوصى باعتبار الدعاية المضللة جريمة يعاقب عليها القانون، سواء وقعت بالإهمال أو بالعمد.
 - 6/ يجب على كل تاجر أن يعيد تقييم أساليب الدعاية والتسويق التي يقوم بها وذلك كي يتجنب الأخطاء الواردة في اعلاناته أو أساليبه الخاصة بالتسويق، لتجنب قيام مسؤوليته الجنائية.