



الرقم الترتيبي:

مركز دراسات الدكتوراه: العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية والشرعية والتدبير
تكوين الدكتوراه: القانون الخاص
الحقل المعرفي: القانون الخاص
التخصص: . القانون الخاص
المختبر: . القانون الخاص ورهانات التنمية

أطروحة لنيل الدكتوراه

الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات

تحت إشراف الأستاذ:

الدكتور عبد الحميد أخريف

إعداد الطالب الباحث :

يوسف المومني

تاريخ المناقشة: 2023/02/11

لجنة المناقشة :

أعضاء لجنة المناقشة	الإطار	مؤسسة الانتماء	الصفة
د. عبد الحميد أخريف	أستاذ التعليم العالي	بكلية الحقوق بفاس	رئيسا ومشرفا
د: أحمد أنوار ناجي	أستاذ التعليم العالي	بكلية الحقوق بفاس	مقررا
د: رشيد فطوش	أستاذ مؤهل	بكلية الحقوق بفاس	عضوا
د: شفاء المـودن	أستاذة التعليم العالي	بكلية الحقوق بسلا	عضوة
د. حميد بلمكي	رئيس المحكمة الابتدائية بصفرو وأستاذ بالمعهد العالي للقضاء		عضوا

مقدمة:

يعرف الأمن عموماً بأنه شعور الفرد في الجماعة بالطمأنينة والثقة وبعدم خيانة الأفراد لبعضهم البعض والقضاء على الفساد، بإزالة كل ما يهدد استقرارهم وعيشتهم وتلبية متطلباتهم الجسدية والنفسية لضمان قدرتهم على الاستمرار في الحياة بسلام وأمان، وقد أعطى الدين الإسلامي عناية خاصة لمفهوم الأمن، حيث جاء في قوله صلى الله عليه وسلم: "من أصبح منكم آمناً في سربه معافى في جسده عنده قوت يومه فكأنما حيزت له الدنيا"، كما أن الأمن أصبح ضمن الالتزامات الأساسية للدولة، فهي المسؤولة عن دفع جميع الأخطار التي تضر بالمواطن، وأصبح من الحقوق الدستورية لكل مواطن مغربي، وهو ما عبر عنه المشرع الدستوري في تصدير دستور 2011 الذي جاء فيه: "أن المملكة المغربية...تواصل إقامة مؤسسات دولة حديثة مرتكزاتها المشاركة والتعددية والحكمة الجيدة وإرساء مجتمع متضامن يتمتع فيه الجميع بالأمن والحرية والكرامة والمساواة وتكافؤ الفرص والعدالة الاجتماعية ومقومات العيش الكريم".

وتتعدد مجالات الأمن، فهناك الأمن في العبادات والأمن الغذائي والأمن البيئي والأمن لمعلوماتي، ثم الأمن المالي والأمن الاقتصادي، وأخيراً الأمن القانوني والقضائي والأمن التعاقدي، ولذلك أضحت الدول تتدخل من أجل توفير الأمن في مختلف المجالات من باب الواجب القانوني والحقوق للمواطنين، حيث تسعى لتحقيق الأمن العمومي عبر التصدي لظاهرة الجريمة ومسبباتها، وتسعى لضمان الأمن الاقتصادي من خلال سياسة عمومية اقتصادية رشيدة، غير أن الأمن التعاقدي يعتبر من المفاهيم الحديثة التي لازال الفقه القانوني ورجال القضاء يسير أغواره رغم العديد من المحاولات، واهتمامه به يبدو أنه نابع من الإحساس بانعدام الثقة في النص التشريعي وكذا النظام التعاقدي من قبل المخاطبين به، وكذلك بسبب عدم ملاءمته للمستجدات التي يعرفها الواقع المتطور باستمرار وصعوبة عملية التحيين أو على الأقل بطئها، وهذا ما ينعكس لا محالة على تحقيق الهدف الأسمى من ذلك ألا وهو الأمن التعاقدي، غير أن نسبة مصطلح الأمن إلى التعاقد يوحى بإشكال تركيبى هو الأمن التعاقدي، وبالتالي فإن مصدر

الخطر هو العقد والتعاقد، أي الخطر القادم من العقد عموماً والتعاقد مع الطرف الآخر خصوصاً، ومعنى هذا أن الأمن يشكل جزءاً من العقد ومن القانون كذلك، ولهذا فالأمن التعاقدي يتحقق بشكل نسبي حسب النظام التعاقدي والقانوني المنظم لكل دولة على حدة، انطلاقاً من توفر المبادئ الأساسية التي يبنى عليها النظام التعاقدي كإعدام المساواة بين الأطراف المتعاقدة وعدم وضوح بنود العقد وكذا عدم تنفيذ العقد بحسن نية¹.

ولهذا إذا كان العقد كتصرف قانوني هو الحامي لحقوق الأطراف ومصالحهم فإن الأمن التعاقدي هو أساس هذه الحماية، لأن الأمن التعاقدي يسعى إلى حماية النظام التعاقدي بأسره، أي كل الحقوق والحريات التي توفر الثقة في العقد، ومن أهم الشروط اللازمة لتوفر الأمن التعاقدي، تواجد عدة عناصر تعمل على تحقيق التوازن بين حقوق وحريات الأطراف المتعاقدة، من خلال التناسب بين مختلف القيم والبنود التي يتضمنها العقد، وكذا وضوح هذه البنود وعدم الإخلال بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، وهذا ما يولد الشعور بمصداقية العقد والثقة في بنوده حتى يعم الاستقرار في المعاملات التعاقدية.

وبمقاربة تاريخية يمكننا أن نقول بأن مفهوم الأمن التعاقدي بصفة عامة تأثر بتطور النظريات الفلسفية المؤطرة للنظام التعاقدي.

ففي ظل سيادة مذهب الحرية الاقتصادية والمناخ الفلسفي الفردي ظهر مبدأ سلطان الإرادة، هذا المبدأ ترتب عنه الإقرار بأن العقد يعتبر بمثابة مصدر للقانون، بمعنى أن الإرادة بمقدورها إقرار القانون الخاص بها، ومن النتائج القانونية المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة مجموعة من المبادئ كالحرية التعاقدية و مبدأ القوة الملزمة للعقد ونسبية آثار العقد.

¹ - عبد المجيد اغميجة، أبعاد الأمن التعاقدي وارتباطاته، مجلة القضاء والقانون، العدد 165 يونيو 2015، ص 106.

ومن آثار هذه المبادئ نجد أنه بالنسبة لآثار الحرية التعاقدية أن الفرد حر في أن يتعاقد من عدمه، ولهذا المبدأ بعدين الأول موضوعي والثاني شكلي¹.

فبخصوص البعد الأول فإنه يعبر عنه من خلال ثلاث خيارات، التعاقد أو عدم التعاقد واختيار المتعاقدين بكامل الحرية وأخيرا تحديد مضمون العقد، أما من حيث الشكل فإن تبادل الإرادات يكفي لقيام العقد، ومن جهة أخرى فإن مبدأ الحرية التعاقدية يترتب عنه ضرورة احترام القاضي لإرادة الأطراف، ويظهر ذلك من خلال مؤسسة تفسير العقد، حيث ينبغي على القاضي البحث عن إرادات الأطراف، ومن ثم يمنع عليه تفسير الشروط الواضحة تحت طائلة تعرض حكمه للنقض بسبب تحريف العقد، ويبرز ذلك من خلال نظرية الظروف الطارئة، حيث أنه بالاعتماد على مبدأ الحرية التعاقدية فإن القاضي يمنع عليه الأخذ بهذه النظرية من أجل تعديل العقد في حالة حدوث ظروف اقتصادية صعبة وغير متوقعة، لأن الأخذ بها يؤدي إلى تحريف العقد، إضافة إلى أن فيه خروج عن إرادة الأطراف²، وبخصوص آثار مبدأ القوة الملزمة للعقد³، فإن العقد يقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافه، وقد أشارت مختلف التشريعات المدنية لهذه القاعدة ومنها التشريع المغربي⁴، ومن نتائج مبدأ نسبية آثار العقد أنه لا يرتبط بالعقد إلا أطرافه كما لا يمكن أن يستفيد أو يتضرر منه الغير.

وقد نصت على هذا المبدأ العديد من القوانين المدنية منها التشريع المغربي الذي أكد عليه في الفصل 228 من ق.ل.ع.م⁵، وهكذا فالمفهوم الكلاسيكي للنظام التعاقدية

¹ - Terré François - Simler Philippe et Yves lequette , Droit civil , les obligations .Dalloz 9^e édition, 2005, p 32.

² - عبد المجيد اغميحة ، مبدأ الامن القانوني وضرورة الامن القضائي، مجلة الحقوق المغربية العدد7، 2009، ص 3.

³ - Atias Christian : Qu'est ce qu'un contrat ? Droit et Economie des contrats, sous la direction de Christophe Jammin, L G. D.J,2009, P7.

⁴ - كما هو الشأن بالنسبة للفصل 230 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة الى منشئها، ولا يجوز الغاؤها الا برضاها معا او في الحالات المنصوص عليها في القانون".

⁵ - ينص الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن: "الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون".

جعل الأمن التعاقدى يتخذ بعد استقرار العلاقة التعاقدية هدفا وغاية، وليس توفير الحماية للمصالح الجديرة بالحماية كالطرف الضعيف.

لكن مع التطور الحالي وبتأثير النظريات الحديثة الداعية إلى حماية الطرف الضعيف وحماية التوازنات التعاقدية، وظهور النظريات التي تجعل من حماية المستهلك كأساس لتحقيق التوازن العقدي نتج عنه توجه تشريعي يكرس هذه الحماية.

ونظرا لسيطرة احد اطراف العقد على الطرف الاخر وما ننج عنه من انفصال بين الواقع والقانون، لوجود فوارق في القدرة الاقتصادية والقانونية والتقنية بين المهني المورد الطرف القوي والمتعاقد المستهلك الطرف الضعيف. فإن الأمن التعاقدى لم يعد يفهم بمعنى أن يترك المشرع الطرف القوي يهيمن على العملية التعاقدية، في ظل غياب إرادة مدركة وحقيقية وواعية للطرف الذي تنقصه الخبرة والمعرفة، بل إن الرغبة في تجنب أن يصبح القانون التعاقدى هو قانون الطرف القوي¹، وهاجس جعل القانون أكثر واقعية وإنسانية ليتجه نحو الحد من الحرية التعاقدية، وذلك بفرض وسائل حمائية تحاول القضاء على مظاهر الاستغلال واللامساواة، وتعيد بناء الثقة في العلاقات التعاقدية بموجب قواعد قانونية أمره وملزمة تخدم المصالح الجديرة بالحماية.

وهكذا يظهر أن جهود المشرع المعاصر في ظل النظريات الحديثة للتعاقد، وفي ظل نظرية حماية المستهلك اليوم تطبعها إرادة التخلي عن مسلمة الحرية والمساواة القانونية المفترضة بين المتعاقدين، وذلك لفائدة مقترب واقعي يتلاءم ويتمشى مع طابع عدم المساواة الواقعية الذي يحكم العلاقات التعاقدية الحالية، والذي اظهر أن العقود لا تكون عادلة عندما لا يكون أحد الأطراف في مستوى الدفاع عن مصالحه وهو ما كرسه التقدم الحاصل في مجال عقود الاستهلاك.

¹ - ابوبكر مهم ، حماية المستهلك المتعاقد، دراسة علمية معمقة في ضوء مستجدات القانون رقم 08/31 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مطبعة دار الافاق المغربية، 2017، ص9.

فالإنتاج الضخم للسلع والخدمات تطلب الاتجاه نحو الاهتمام بجانب الاستهلاك لتعريف هذه المنتجات وبالتالي حث المستهلكين ودفعهم إلى شراء السلع والخدمات المعروضة في السوق، ونمو هذا المجتمع الاستهلاكي جعل من الاستهلاك واجبا وطنيا¹.

ومع التطور الذي شهده مجال التعامل بظهور صور غير مألوفة في التعاقد والتي في غالبيتها تهدف إلى تسهيل عملية بيع السلع وتقديم الخدمات للمستهلك، إضافة إلى تنوع صور الدعاية والإشهار وأساليب البيع والترويج، ناهيك عن طبيعة البنود المدرجة في العقد، وأمام حاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة فكثيرا ما يقع المستهلك ضحية استغلال ضعف أو جهل، نتيجة عقد غير متكافئ من حيث الالتزامات في غالبيتها لصالح المهني المورد، ومع وجود هذه الصور من التعاقدات فان لجوء المستهلك إلى الوسائل التقليدية الواردة في ظهير الالتزامات والعقود لن يعينه ولن يقدم له الحماية المنشودة، وصحيح أن هذه المقتضيات حاولت مواجهة هذا الإشكال بالنصوص التي تسمح بتفسير الشرط التعاقدي الغامض لمصلحة الطرف المدين²، أو لمصلحة المذعن في عقود الإذعان³ وتعطي للقاضي السلطة في تعديل بعض أنواع الشروط التعسفية كما هو الحال بالنسبة لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، ومنحت للطرف الذي عيبت إراداته بعيب من عيوب الرضا الواردة في القانون⁴ طلب إبطال البيع والمطالبة بحقه في إطار دعوى الضمان.

¹ -Pizzio(J.P), un apport législatif en matière de protection du consentement, la loi du 22 Dec1972 et la Protection du consommateur sollicite a domicile, RTD , CIV, 1976, p 67.

² - ينص الفصل 473 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم.

³ - نصت المادة 151 من القانون المدني المصري على: ...ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن)، بينما في القانون المغربي لم يكن هناك تنصيص على إمكانية التدخل القضائي مما نتج عنه تباين في العمل القضائي المغربي خاصة على مستوى تعديل الشرط الجزائي، يرجع في هذا الشأن إلى : فؤاد معلال الشرط الجزائي في القانون المغربي، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بفاس 1993 ، وكذلك احمد ادريوش الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود، سلسلة المعارف القانونية 1996 ص 125.

⁴ - نص الفصل 549 من ظ.ق.ل.ع المغربي: يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا او التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما اعد له بحسب طبيعته او بمقتضى العقد . اما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من القيمة او الانتفاع .وتلك التي جرى العرف على التسامح فيها فلا تخول الضمان .

وأمام عجز وعدم كفاية مقتضيات القواعد العامة في توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف في بعض صور التعاقد، لم تجد الأنظمة القانونية مفرا من تجديد النصوص القانونية لتساير المتطلبات الجديدة، وذلك بتكريس مقتضيات حمائية للمستهلك كطرف ضعيف ومصلحة جديرة بالحماية .

لذلك تدخلت اغلب التشريعات المعاصرة لتأمين العلاقة التعاقدية التي يكون المستهلك طرفا فيها، وذلك بتحديث الحماية بموجب قواعد معاصرة التي تعتبر أكثر فعالية وأكثر نجاعة من القواعد العامة، وهي قوانين تؤسس لتوجه حمائي في فضاء اقتصادي، حيث عملت التشريعات على توظيف القواعد القانونية التعاقدية بمنظور اقتصادي، وبناء عليه ظهر عقد الاستهلاك كعقد خاص يجمع بين طرفين يسود بينهما التفاوت الاقتصادي والتقني، الأول طرف قوي وهو شخص مهني (المورد) وطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية الاقتصادية يسمى بالمستهلك، هذا الأخير هو الطرف الجدير بالحماية والأمن ودخل تشريعيا ضمن مجال حماية النظام العام الاقتصادي.

وهكذا تأثرت جل التشريعات بقواعد قانون الاستهلاك وأصبحت تراعي خصوصية العقود الاستهلاكية، هذه القواعد التي جاءت بمجموعة من الحقوق لفائدة المستهلك.

ومن بين هذه التشريعات نجد المشرع المغربي الذي عمل على إصدار القانون 31.08 الذي يقضي بتحديد تدابير حماية المستهلك،¹ والذي اعتبره المشرع إطارا مكمل للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك، كما أنه يهدف إلى تعزيز الحقوق الأساسية ولاسيما حق المستهلك في التمثيلية، والحق في التراجع، والحق في الاختيار، والحق في الإصغاء إليه، وقد جاء بآليات حمائية للمستهلك في مرحلة ما قبل الالتزام التعاقدي وفي مرحلة تنفيذ العقد ، إضافة إلى مجموعة من ضمانات الامن التعاقدي، من أهمها وضع قواعد قانونية آمرة تتصف بخاصية النظام العام، والتبني التشريعي لنظرية البنود التعسفية إضافة ،مع خلق اليات قضائية موضوعية ومسطرية تمكن من مواجهة

¹ - ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر بتاريخ 14 ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون 08.31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى 1432 (13 أبريل 2011) ص 1072.

تعسف المهني مورد الخدمة في النزاع العقدي ، وتراعي ظروف المستهلك المتعاقد ، حيث أنه بموجب هذا القانون قام المشرع المغربي بطفرة تشريعية ساهمت ولأول مرة فيما يلي :

- مأسسة عقد الاستهلاك في المنظومة التعاقدية المغربية، حيث أنه بموجب هذا القانون تم الاعتراف ولأول مرة بمؤسسة المستهلك كمتعاقد من نوع خاص ، كمؤسسة قانونية قائمة الذات جديرة بالحماية، والتي عرفها المشرع في المادة الثانية من القانون 31.08 أنها: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي".

- الاهتمام التشريعي بمرحلة ما قبل التعاقد من خلال إلزام المشرع للمورد بضمان حق المستهلك في شفافية العقد.

- صدور قواعد قانونية حمائية لصالح المستهلك وتتميز بخاصية النظام العام.

- التأطير القانوني لبنية ومضمون العقد الاستهلاكي ، من خلال وضع ضوابط للبنود المدرجة في العقود الاستهلاكية من طرف المورد، بما يحفظ للمستهلك حقه في التوازن العقدي.

ولما كان عقد الاستهلاك يمكن أن يكون محله بيع سلع أو منتجات، كما يمكن أن يكون محله هو تقديم خدمات من طرف المورد *prestation de service* وأمام الانتشار الواسع لعقود الخدمات الاستهلاكية، وما نتج عن هذا الانتشار من ظهور كتلة هائلة من مستهلكي هذه الخدمات، ونظراً لأهميتها الاقتصادية القصوى في تحريك عجلة الاقتصاد الوطني، ونظراً لأهمية هذه الخدمات في الحياة الجماعية مما أصبح يحتم أن يسمح نظامها القانوني بضرورة توفيرها لجميع من يطلبها بثمن مناسب لا يحدد بالنظر إلى تكلفتها، وإنما بالنظر إلى الأساس الاجتماعي للخدمة، هذه العقود التي تبقى مجهولة في القانون المدني وكثيرة الاستعمال في القانون الاقتصادي، تشمل كل الخدمات التي يمكن تقديرها تقنياً والمقدمة من مورد طرف مهني لفائدة شخص مستهلك بموجب

عقد كيفما كانت طبيعته ، فهناك بعض الخدمات ذات طبيعة مادية (خدمات الاتصالات ،التزويد بالماء والكهرباء) وخدمات ذات طبيعة فكرية او ذهنية (العلاجات الطبية المقدمة في المصحات الخاصة -وخدمات البرامج المعلوماتية) وخدمات ذات طبيعة مالية (كالخدمات الائتمانية وغير الائتمانية المقدمة من طرف البنوك ، و خدمات مؤسسات التأمين)، ونظرا لأهمية هذه العقود وكونها أصبحت تتصف بطابع الخدمة العامة أو الأساسية¹، وأمام القوة التي يتمتع بها مورد الخدمة كمهني على المستوى الاقتصادي والتقني، أصبح معه المستهلك الطرف الضعيف في عقد الخدمة الاستهلاكي في حاجة إلى الأمن التعاقدي، هذا الأمن ليس له تعريف قانوني أو فقهي محدد، وذلك لكونه يأخذ أبعادا ومظاهر متعددة، غير أنه من حيث تصورنا فإن الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات يأخذ دلالة : مجموعة الحقوق والمبادئ المنصوص عليها قانونا صراحة أو ضمنا، والواجب احترامها من طرف المهنيين موردي الخدمات بمناسبة التعاقد مع المستهلك، بما يساعده على التوقع المسبق لأثار العقد ويحقق له الرضا المستتير، وكذا الحماية بمختلف أبعادها القانونية القضائية والإدارية من السلطة والهيمنة الاقتصادية لموردي الخدمات على العملية التعاقدية واثارها.

ويرتبط الأمن التعاقدي لمستهلك الخدمة ارتباطا وثيقا بالأمن القانوني والقضائي، حيث يعتبر الأمن القانوني دعامة أساسية للأمن التعاقدي الاستهلاكي، حيث أنه لا يمكن أن تكون للأمن التعاقدي قائمة دونما تكون هناك أرضية قانونية صلبة يقف عليها، وذلك بتوفير ترسانة تشريعية متكاملة ومنسجمة ومتقدمة تنظم مجال التعاقد الاستهلاكي الخدماتي، حيث تهدف إلى تأمين العملية التعاقدية، دون مفاجئات، وتضمن حسن تنفيذ الالتزامات وتلافي أو على الأقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون.

¹ - تتميز الخدمة الأساسية بانها خدمة او نشاط ضروري للحياة الجماعية، ينبغي ان يسمح نظامها القانوني بضرورة توفيرها لجميع من يطلبها بثمن مناسب يحدد لا بالنظر الى ثمن تكلفتها وانما بالنظر الى الأساس الاجتماعي للخدمة. - من اجل التوسع في هذه الفكرة، يمكن الرجوع الى مقال استاذنا عبد الحميد أخريف، ولوج المستهلك إلى خدمة الاتصالات بالمغرب، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، الصادرة عن مركز قانون الالتزامات والعقود، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، العدد 1، أكتوبر 2007 ص 48 و 49.

و بخصوص علاقة الأمن التعاقدي بالأمن القضائي فإنه من منطلق أن القاضي هو حامى حقوق الأشخاص والجماعات وأمنهم القضائي و الساهر على تطبيق القانون، فإن تدخل القاضي الإيجابي في المنازعات التعاقدية الاستهلاكية الخدماتية من أجل إعادة التوازن للرابطة العقدية التي تجمع المستهلك بالمورد وبمختلف الإمكانيات القانونية المتاحة، يشكل ضماناً أساسية لتحقيق الأمن التعاقدي لمستهلك الخدمة ، وهو بذلك يلعب دور فعال في استقرار المعاملات التعاقدية بمنطق حمائي للمصالح الجديرة بالحماية، وهو في هذه الحالة مستهلك الخدمة باعتباره عنصر اقتصادي .

ويجب التأكيد على أن تناول الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات كموضوع للدراسة له أهمية كبرى تتجلى في عدة مناحي:

فمن الناحية القانونية: تتجلى أهمية موضوع الدراسة من الناحية القانونية- أنه يأتي متساوقاً مع الاهتمام بالمشكلات المعاصرة في القانون، وكذلك مع الغاية الرئيسية من البحث في مستلزمات الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات، كما نحاول التعرف على مظاهر تقدمية قانون التعاقد الاستهلاكي بصفة عامة، وفي مجال التعاقد الاستهلاكي الخدماتي على الخصوص، مع إبراز مكتسبات القانون، ومظاهر النقص، والجوانب القابلة للتجديد والتطوير، وبذلك سيساهم هذا البحث في توضيح الرؤى في جوانب متعددة من مشروع تقوية المركز القانوني للمتعاقد مستهلك الخدمة، ومحاولة الإجابة على بعض التساؤلات المطروحة في الساحة القانونية، والمتعلقة بمدى فعالية ونجاعة القواعد العامة والقواعد القانونية الخاصة بالاستهلاك في تحقيق الحماية والتبعية الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات ، خاصة في ظل واقع يتسم باختلال التوازن بين طرفي عقد الخدمة الاستهلاكي. بالإضافة إلى أن المغرب باعتباره بلداً يعاني من ضعف الآليات القانونية الكفيلة بحماية المستهلك، وخاصة مع ظهور خدمات استهلاكية أساسية والتي أصبحت تتسم بعدم التوازن التعاقدي، في ظل الهيمنة الشاملة لموردي الخدمات على العملية التعاقدية من خلال انتشار العقود النموذجية ذات الطابع الإذعاني وغياب المفاوضة حول مضمون عقد الخدمة .

وبخصوص الأهمية الاقتصادية: تبرز أهمية الموضوع من هذه الناحية في أن عملية تقديم الخدمات الاستهلاكية أصبحت قطاعا اقتصاديا مهما، ومجالا جذابا للفاعلين الاقتصاديين، ومركزا لمعاملات مالية مهمة مع المستهلكين، الأمر الذي يفرض ضبط العلاقات التعاقدية بينهما، من أجل ضمان استمرارية استفادة المستهلك من الخدمة التي يقدمها المورد أو المهني، وفي ظروف متوازنة ومطمئنة للمستهلك وللعملية الاقتصادية برمتها، فتحقيق الأمن التعاقدي للمستهلك يشجع على الاستهلاك، هذا الأخير (الاستهلاك) الذي يشكل المحرك للإنتاج والمقاولة، وبالتالي للاقتصاد الوطني.

وأخيرا الناحية الاجتماعية: والتمثلة في عدم وعي أغلبية المستهلكين المغاربة بثقافة حماية المستهلك، الشيء الذي يساهم في بروز تجاوزات وتعسفات ناتجة عن استغلال عدم وجود هذا الوعي، كما أن التطرق إلى حماية المستهلك وضمن أمنه التعاقدي يشكل حماية لحقوقه الاقتصادية تعتبر بالضرورة حماية لقدرته الشرائية ، واحترام ثقافته التي تقوم أساسا على الثقة في المجتمع وكل الفاعلين فيه.

ونظرا للتراكم التشريعي الذي عرفه النظام القانوني المغربي وخاصة على مستوى القانون التعاقدي الاقتصادي، ونظرا لاهتمام المشرع المغربي لأول مرة بعقد الخدمة كعقد استهلاكي، من خلال القانون 31-08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك، هذا المكتسب القانوني ذو البعد الحمائي جعل الإشكالية المركزية لأطروحتنا تتمحور حول مدى قدرة الترسانة القانونية المنظمة لقانون العقود المغربي العامة والخاصة، على المساهمة في تحقيق الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات؟.

ونظرا لحدثة مفهوم الأمن التعاقدي، فإننا حاولنا ملامسة مشروع أطروحتنا من خلال طرح التساؤلات التالية:

1- ما مدى مساهمة المقتضيات القانونية الخاصة بالاستهلاك في حماية الإرادة التعاقدية لمستهلكي الخدمات كمستلزم من مستلزمات أمنهم التعاقدي ؟

2- ما مدى مساهمة التبني التشريعي لنظرية الشروط التعسفية في القانون التعاقدى المغربي في تقوية دعائم الامن التعاقدى لمستهلكي الخدمات.

3- مدى كفاية الاليات القضائية في ضمان الأمن التعاقدى لمستهلك الخدمة.

4- مدى نجاعة نظام المسؤولية في تعزيز الامن التعاقدى لمستهلكي الخدمة .

و محاولة منا لملامسة الإشكاليات التي يطرحها موضوع الأمن التعاقدى لمستهلك الخدمة ، صادفتنا الكثير من الصعوبات والتي من بينها حداثة مفهوم الأمن التعاقدى، ناهيك عن كثرة عقود الخدمات الاستهلاكية، وتنوع أصنافها، لذلك كانت دراستنا بمثابة محطة ومنطلق للتفكير في هذا الموضوع الحديث، من خلال الارتكاز على بعض عقود الخدمات الاستهلاكية التي تثير إشكالات قانونية كبرى في الواقع العملي بين المهني والمستهلك .

ولمقاربة هذا الموضوع، اعتمدنا المنهج التحليلي الوصفي، من خلال القيام بقراءة تحليلية لمقتضيات النصوص القانونية المنظمة للعلاقة التعاقدية بين المستهلك ومورد الخدمة، لإبراز مختلف القواعد القانونية الخاصة التي جاء بها قانون تدابير حماية المستهلك 31.08، وكذا نماذج بعض عقود الخدمات، مع الاستعانة بالعمل القضائي لمعرفة مدى تلقي Réception، الجهاز القضائي للمبادئ والقواعد الحديثة للتعاقد الاستهلاكي، وتحليل كيفية تعامل القضاء معها، مع الاستعانة بأراء الفقه . وصولاً لنتائج تقييمية لهذه الاليات واثرها على الامن التعاقدى . مع تعزيز المنهج التحليلي بالمنهج التاريخي لنظرية العقد ، وهو الذي يرمي إلى الوصول إلى المبادئ والقوانين العامة التي تحكم الظواهر الاجتماعية من خلال البحث في أحداثها الماضية، وكيف نشأت، وتطورت، وما هي العوامل التي حكمت نشأتها وتطورها؟ من أجل فهم السيرة التاريخية والفلسفية المنظمة للعلاقة التعاقدية والفاعلين المؤثرين وخاصة اطراف العلاقة العقدية والقضاء وحدود تدخل هذا الأخير في حماية الطرف الضعيف المستهلك ، وذلك بالاعتماد على التسلسل المنطقي المتتابع لمرحلتين بارزتين ، المرحلة الأولى هي مرحلة القواعد التقليدية للتعاقد المحكومة بمبدأ سلطان الإرادة وما نتج عنه من آثار قانونية على

عملية التعاقد والمنظمة بقواعد قانون الالتزامات والعقود أما المرحلة الثانية فهي مرحلة ظهور القواعد الخاصة بحماية المستهلك.

كما أثرنا اعتماد منهج الدراسة المقارنة تقييما لترسانتنا القانونية التعاقدية ورغبة منا في معرفة مدى تقدميتها ومساهمتها في تحقيق الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات ، وذلك بمقارنة التشريع المغربي مع بعض القوانين الأجنبية المتقدمة قانونا وممارسة في هذا المجال، كالتشريع الفرنسي والألماني والبلجيكي دون اغفال بعض التشريعات العربية ، والمقارنة كذلك بين آليات التدخل التشريعي والقضائي والمؤسساتي بين هذه الدول، ونظرا للعناية الخاصة التي أولاها المشرع المغربي لمرحلة تكوين العقد ، ولمرحلة تنفيذه، وما يترتب عنها من اثر على الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمة ، فقد ارتأينا تقسيم الموضوع إلى بابين وفق التصميم التالي :

الباب الأول: مستلزمات الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمة في

مرحلة تكوين العقد

الباب الثاني : ضمانات الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمة في مرحلة

تنفيذ العقد

الباب الأول:

مستلزمات الأمن التعاقدي في مرحلة تكوين العقد.

لقد فكر المشرع بموجب ظهير قانون الالتزامات والعقود في حماية حرية التعاقد، وتحقيق توازن العقد عن طريق مبدأ سلطان الإرادة، وافترض حرية الإرادة لدى المتعاقدين، واعتبرها أساساً للقوة الملزمة للعقد وانطلق من المساواة بينهما، ولكن هذه الأمور لم تعد اليوم شيئاً طبيعياً، وأن مثل هذه القواعد لا تضمن سوى مساواة شكلية، بعيداً عن مقتضيات العدالة والإنصاف¹، لكن مع تأثر التشريع المغربي بالاتجاهات الحديثة في القضاء والتشريع المقارن والتي تسعى إلى مواجهة انعدام المساواة، ومن ثم ظهرت فكرة الطرف الضعيف في العقد خارج النطاق التقليدي لعيوب الإرادة كوسيلة تقليدية لحماية الإرادة التعاقدية، ويرجع ذلك أساساً إلى أن عيوب الإرادة تمت صياغتها بطريقة دقيقة أدت إلى التضييق من نطاقها، بقصد المحافظة على استقرار المعاملات ومبدأ القوة الملزمة للعقد.

ووفقاً لمبدأ الاتجاه الاجتماعي أو التضامني " فإن التضامن العقدي " يحل محل حرية الإرادة في قانون الاستهلاك، والذي تشعب بروح الاتجاه الاجتماعي الداعي إلى الإنصاف والعدالة وتحقيق التوازن، ودون إقصاء لمبدأ سلطان الإرادة²، مما جعلنا نلامس التأثير المتبادل بين التشريع الخاص بالمستهلك والقواعد العامة في القانون المدني.

ويبرز دور قانون الاستهلاك الذي يبحث عن التوازن بين الروابط التي تنشأ بين المستهلك والمهني (المورد)، في وضعه على عاتق هذا الأخير مجموعة من الالتزامات، تضحى بمثابة حقوق للأول-المستهلك- ومن ثم تتحقق آليات تشكل مستلزمات الأمن

¹ - الحسين بلحساني: الالتزام بتبصير المستهلك بين قواعد الأخلاق ومقتضيات القانون، مقال منشور بمجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، عدد 1، 2001، ص 30.

² - محمد أحمد عبد الحميد أحمد: الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، مطبعة دار الجامعة الجديدة، 2015، ص 118.

التعاقدى للمستهلك، والتي تعتبر بمثابة الهدف الرئيسى للتشريعات الخاصة بالمستهلك، وكما يقر الفقه الفرنسى فإن فلسفة قانون الاستهلاك تقوم على فكرة التضامن العقدى¹،

وبالرجوع إلى القانون المغربى للاستهلاك رقم 08.31 نجده قد تضمن مقتضيات تقديمية مهمة، كسرت المبادئ التقليدية للتعاقد من خلال الإقرار التشريعى بضرورة توفير فضاء تعاقدى شفاف، وذلك بغرض تحقيق الأمن التعاقدى للمستهلكين بصفة عامة، ومستهلكى الخدمات بصفة خاصة منطلقه حماية الإرادة التعاقدية لمستهلكى الخدمة فى جميع مراحل التعاقد (الفصل الأول)، وكذا مواجهة تعسفات موردي الخدمات الناتجة عن الهيمنة المطلقة على عملية إنتاج وتكوين العقد، من خلال التبني التشريعى لنظرية البنود التعسفية فى النظام التعاقدى المغربى ، وما نتج عنها من آثار إيجابية على الأمن التعاقدى لمستهلكى الخدمات (الفصل الثانى).

¹-LEquette yves, bilan des solidarisme contractuels, mélange Paul-Didier, economica, 2008,p.247.

الفصل الأول: حماية الإرادة التعاقدية لمستهلك الخدمة

من أهم مستلزمات الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمة، هو حماية إرادته التعاقدية، باعتبارها مصدرا للتعبير عن الرغبة في التعاقد، حيث يجب أن يتكامل لها عنصر قوتها من الحرية والوعي والسلامة.

وبذلك تتحقق حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك متى كانت واعية، يتوافر لها قدرا من المعلومات، على نحو يستطيع معه المستهلك أن يقف على حقيقة مصالحه¹، بمعنى ضمان إعلام حقيقي لمستهلكي الخدمة (الفرع الأول)، وكذلك يجب أن تتحرر هذه الإرادة من أية ضغوطات تدفعها إلى التعاقد دون رغبة حقيقية في ذلك أو دون اقتصاد بسبب وسائل الدعاية الحاثرة على التعاقد، كما عمل المشرع المغربي على تنظيم قواعد الإشهار وتقرير حق العدول (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضمان إعلام حقيقي لمستهلكي الخدمة.

بصدور قانون حماية المستهلك المغربي، نجد أن الالتزام بالإعلام لم يعد التزاما أدبيا وأخلاقيا، وإنما أصبح التزاما قانونيا مستقلا عن مبدأ تنفيذ العقد نية، كمبدأ أصيل في قانون العقود، كما أنه أصبح حقا أساسيا موجه لحماية الإرادة التعاقدية لمستهلكي الخدمات وعلى غرار مستهلكي السلع، وهو ما تضمنته ديباجة القانون 31.08 المتعلق بتدابير لحماية المستهلك، ويتطلب لقيام التزام بإعلام عامة في الفقه المقارن عدة شروط منها ما يتعلق بموقف المورد المهني والمستهلك من البيانات محل الإعلام، ومنها ما يرتبط بطبيعة هذه البيانات وأهميتها بالنسبة للمستهلك (المبحث الأول)، ورغم الإلزام القانوني لمورد الخدمة بالإعلام، إلا أنه يطرح إشكالية إثبات تنفيذه (المبحث الثاني).

¹ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مطبعة منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 46.

المبحث الأول: الاعتراف التشريعي بالالتزام بالإعلام كحق

لمستهلك الخدمة.

يعتبر الحق في الإعلام من الآليات القانونية المدمجة، في النظام التعاقدية المغربي بموجب قانون تدابير حماية المستهلك، بعدما تنبه المشرع إلى كون السياق القانوني التقليدي، لا يكفي لحماية المصالح المشروعة، فنص في بعض الأحيان على الالتزام بالإعلام بطريقة محتشمة، ونظم عقودا جديدة، أما التشريعات الأجنبية فقد قطعت أشواطاً مهمة في ذلك، وطورت الالتزام بالإعلام من خلال الاستعانة بالاجتهادات القضائية¹.

وهناك عدة عوامل فرضت الالتزام بالإعلام على عاتق مورد الخدمة لفائدة المستهلك هذه الأخيرة، من أهمها التطورات الاقتصادية، وما نتج عنها أن الاقتصاد الحالي اقتصاد خدمات، وسرعة إبرام عقود الخدمة أصبح يفرض تنظيماً قانونياً ملائماً لإرضاء حاجيات المستهلك الخدمة، وبالتالي فإن العقد يستدعي حلولاً جديدة مختلفة عن القواعد التقليدية المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود المغربي، وذلك على اعتبار أن المهنيين يوجدون في وضعية قوة في العلاقة التعاقدية مع مستهلكي الخدمة، نظراً لقدراتهم المالية والتقنية، فالغاية من الحلول الجديدة هي خلق التوازن في العلاقة، وذلك بمنح مستهلكي الخدمات إعلاماً حقيقياً يحقق لهم الثقة والاطمئنان لضمان مزيداً من التعاون والتوازن والشفافية في التعاقدات الاستهلاكية، ليبقى التساؤل مفتوحاً حول مفهوم إعلام مستهلك الخدمة (المطلب الأول)، ومضمونه ونطاقه (المطلب الثاني).

¹ - كما هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي أصدر قانون 10 يناير 1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك، وقانون 7 يناير 1984 المتعلق بضرورة كتابة عدد البيانات الإجبارية على المنتجات تحت طائلة تعرض المنتج لعقوبات زجرية صارمة.

المطلب الأول: مفهوم إعلام المستهلك أثناء إبرام عقد الخدمة الاستهلاكي.

إن دراسة الالتزام بالإعلام كوسيلة وقائية حمائية، تستدعي الوقوف بجانب المستهلك باعتباره الشخص الجدير بالحماية وتقوية مركزه التفاوضي، بإنارة رضائه وجعله يتعاقد وهو على بينة من أمره، تفرض علينا بداية التطرق لتعريف الالتزام بالإعلام كحق قانوني للمستهلك المتعاقد (الفقرة الأولى)، وتمييزه عن المفاهيم الأخرى المشابهة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف الالتزام بالإعلام.

لقد تعددت التعاريف الفقهية للالتزام بالإعلام كما تعددت تسمياته، فالبعض يرى أنه التزام بالإعلام أو التزام بالتبصير، والبعض الآخر يرى أنه التزام بالإفضاء بالبيانات والمعلومات¹، وبغض النظر عن التسمية² التي تطلق عليه، فإن الفقه منقسم في هذا الشأن وإن كان ينطلق من أرضية هي أن هذا الالتزام يمثل التزاما عاما في عقود الاستهلاك، ويتوافر بصفة أساسية في المرحلة السابقة لإبرام العقد بهدف تنوير إرادة المستهلك، كما يوجد في مرحلة إبرام العقد أيضا، ويتفق الفقه كذلك على كون هذا الالتزام قابلا للتطبيق، سواء تعلق الأمر بعقد الاستهلاك التقليدي أو الإلكتروني، وإن كانت النية في الحالة الأخيرة تختلف عنها في الحالة الأولى.

وقد عرفه الفقه بأنه: "الإخبار والإخطار بواقع معين حتى يكون الطرف الآخر على بينة من أمره وأكثر تبصرا"³، وقد جاء في تعريف آخر "قيام أحد المتعاقدين (المحترف) بإبلاغ المتعاقد الآخر بكافة البيانات الفنية المتعلقة بالعقد"⁴، كما عرف بكونه

¹ - يمكن الرجوع إلى: بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المتعاقد المستهلك، الطبعة الأولى، ماي 2008، ص 34 وما بعدها.

² - محمد إبراهيم الدسوقي: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، القاهرة 1996، ص 33.

³ - عبد القادر العراري: الالتزام بالإعلام وتبصير المتعاقد قبل إبرام العقد، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 3 ص 148.

⁴ - غيثة ذكراوي، الشرط التعسفي بين القواعد العامة وقانون تدابير حماية المستهلك، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، سطات، السنة الجامعية 2017/2018، ص 236.

"التزام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك، ويتعلق الأمر بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك¹. وبالرجوع إلى كل من القانون المغربي والقوانين المقارنة نجدها قد تضمنت الالتزام بالإعلام مع تبنيها لقوانين حماية المستهلك.

وحيث شكل الإعلام أهم الأهداف العامة للقانون 08.31 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: "يهدف القانون إلى تحقيق ما يلي:

- إعلام المستهلك إعلاما ملائما وواضحا بالمنتجات والخدمات أو السلع أو الخدمات التي يقتنيها أو يستعملها".

وهكذا فإن تكريس التزام عام بالإعلام في القانون 08-31 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك يعزز من المركز التفاوضي للمستهلك²، كما ينتج عنه تجنب استغلال المورد لجهل المستهلك في هذا المجال، وإذا كان الالتزام بالإعلام يتضمن إخبارا حياديا للتعريف بملايسات محل التعاقد، والإحاطة به على نحو مؤكد يؤدي إلى ثبوت الرضا على نحو مستتير، فإنه لا يجب خلط هذا الالتزام ذو الطابع العام وبين النظم الأخرى التي قد تختلط به.

الفقرة الثانية: تمييز الالتزام بالإعلام عن النظم المشابهة.

تأتي أهمية تمييز الالتزام بالإعلام عن باقي النظم الأخرى المشابهة، نظرا للآثار المترتبة عن كل منها، خاصة الإشهار والإعلان والعرض المسبق والالتزام بالتحذير.

1- تمييز الالتزام بالإعلام عن الإشهار.

يقترب الالتزام بالإعلام من الالتزام بالإعلان في كون كل منهما يأتي في المرحلة السابقة للتعاقد، إلا أن هناك فوارق تفصل بينهما:

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم: حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت لبنان، 2007، ص 367.

² - أبو بكر مهم: حماية المستهلك المتعاقد دراسة تحليلية معمقة في ضوء مستجدات القانون 31-08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك، دار الآفاق المغربية، 2017، ص 68.

فالإشهار أو الإعلان التجاري يعد من أهم الوسائل التي أصبحت تستخدم في تطوير الأنشطة الاقتصادية للشركات المنتجة أو الموزعة أو إنه وسيلة للدعاية، والإشهار كما هو وارد في تعريفه الاصطلاحي¹: هو الفن الذي يستخدم لممارسة التأثير النفسي على العموم لتحقيق أهداف تجارية، أو أن القصد منه توظيف مجموعة من الوسائل كيفما كان نوعها للتعريف بمقولة صناعية أو تجارية أو حرفية، من أجل التباهي بمنتوج أو خدمة معينة²، وهكذا فإن الإشهار يهدف إلى ترويج المنتجات والخدمات بقصد تحقيق الكسب المادي³، بينما الالتزام بالإعلام الذي يتضمن إخبارا حياديا للتعريف بملايسات محل التعاقد والإحاطة به على نحو مؤكد، يؤدي إلى ثبوت الرضا على نحو مستنير⁴، وهو أيضا وسيلة للتصدي للإعلان الكاذب، إذ أنه آلية قانونية لمواجهة الإعلانات والإشهارات لما تخرج عن مسارها الصحيح⁵، والوظيفة الحقيقية التي أنشئ من أجل أدائها.

وخلاصة القول أن الالتزام بالإعلام الملقى على عاتق المهني لم يعد مجرد واجب أخلاقي⁶، عام بل أصبح في ظل التطورات التشريعية الحالية بمثابة التزام قانوني أساسي مشمول بجزاءات وعقوبات مالية، كفيلة بردع كل الخروقات المتعلقة بعدم احترام المهني لواجب الإعلام في مرحلة ما قبل التعاقد وبعده⁷.

¹ - publicité : le fait d'exercer une action sur le public a des fins commerciales , le fait de faire connaitre un produit, un type de produit d'inciter a l'acquérir ,ensemble des moyens qui concourent a cette action, le petit robert, édition 2016 , p 2066.

² - " Larousse ; " tome 3 , librairie, paris 1966, page 350.

³ - منير قاسم صالح الجيلاني، حماية المستهلك بين القوانين العامة والخاصة، دراسة تحليلية وتفصيلية للنظرية بين القانونين اليمني والمغربي، القانون التجاري المعمق، جامعة محمد الأول، كلية العلوم والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2013-2014، ص 164 .

⁴ - غيثة ذكراوي، مرجع سابق، ص 238.

⁵ - حسن عبد الباسط جميعي: حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص 16.

⁶ - لقد كانت التشريعات التقليدية تعتبر هذا الالتزام مجرد واجب أخلاقي يساعد على إتمام العقد في ظروف حسنة، كما هو الأصل بالنسبة لمبدأ تنفيذ العقود بحسن النية المنصوص عليه في الفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، يراجع بهذا الخصوص ادريس الفاخوري: ترجيح الاتجاهات الأخلاقية في مجال العقود والالتزامات، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الأول 2000 ص 13 وما بعدها.

⁷ - عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات، نظرية العقد، الطبعة الرابعة، دار الأمان، 2014 ، ص 195.

2- تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالتحذير.

ترتب عن تعقد إنتاج السلع والخدمات وخطورة التعامل معها نشوء الالتزام بالتحذير الذي يقع على عاتق المورد، ويعرف الالتزام بالتحذير بأنه "الالتزام تبقي يقع على أحد الطرفين بأن يحذر الطرف الآخر، أو يثير انتباهه إلى ظروف أو معلومات معينة، بحيث يحيطه علما بما يكشف هذا العقد، أو ما ينشأ عنه من مخاطر مادية أو قانونية"، وبمقارنة هذا التعريف بنظيره الخاص بالالتزام بالإعلام يمكن استخلاص ما بينهما من تشابه وتمايز:

حيث يهدف هذا الالتزام إلى حماية المستهلك، أو وقايته من المخاطر التي يمكن أن تلحقه بسبب الانتفاع من بعض الخدمات. ويتميز الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عن التزام المهني بالتحذير بعدد من الفروقات تعتمد على وقت تنفيذه ونطاقه¹.

فمن حيث وقت تنفيذ الالتزام، فإذا كان الالتزام بالإعلام قد يتعلق بمرحلة إبرام العقد ويرتبط بالمرحلة السابقة على التعاقد، كما أنه يرتبط بمرحلة تنفيذ العقد، فإن وقت الالتزام بالتحذير فيه اختلاف بين رجال الفقه القانوني: فالبعض يرى أنه التزام سابق على التعاقد²، بينما يرى البعض الآخر أنه يرتبط بمرحلة تنفيذ العقد، حيث يلتزم بالالتزام بالتسليم ويعد تابعا له، ومن ناحية أخرى فإن بعض الفقه يعتقد أن المخاطر محل التحذير تنقسم إلى مخاطر مرتبطة بطبيعة المنتج أو صفاته الأساسية، وأخرى ترجع لاستعماله³، ويجب على المهني أن يحذر المستهلك بشأن النوع الأول في المرحلة السابقة على التعاقد، بينما يكون عليه أن يحذر من النوع الآخر خلال مرحلة تنفيذ العقد⁴.

¹ - الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، كلية الحقوق الاسكندرية، 2015، ص 120.

² - مصطفى أحمد أبو عمرو: الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مطبعة دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 42.

³ - مصطفى أحمد أبو عمرو: مرجع سابق ص 42.

⁴ - نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 18.

أما من حيث النطاق: فلا شك أن نطاق البيانات والمعلومات في حالة الالتزام بالإعلام أوسع مدى منه فيما يخص الالتزام بالتحذير، وبيان ذلك أن الالتزام الأخير يقتصر على البيانات والمعلومات المتصلة بالصفة الخطرة للمنتجات.

أما في حالة الالتزام بالإعلام، فإن المهني أو المدين يلتزم بالإدلاء بكافة البيانات والمعلومات، التي تلزم لتتبرأ إرادة المستهلك كدائن بهذا الالتزام، وعلى ذلك فإن ذمة المدين بالالتزام بالإعلام لا تتبرأ إلا إذا تحققت الغاية منه، بصرف النظر عن مقدار البيانات أو المعلومات التي أدلى بها للآخر¹.

كما أن البعض من الفقه يرى أن الالتزام بالإعلام يختلف من الأساس القانوني عن الالتزام بالتحذير، فالأول يحد أساسه في مبدأ حسن النية، بينما الالتزام بالتحذير يجد أساسه في التزام المنتج أو الموزع بضمان سلامة المستهلك²، وهذا مع ملاحظة أن مصدر الالتزامات هو نص القانون وهدفها هو حماية المستهلك عامة، وتفصيلاً هدف الالتزام بالتحذير هو حماية المستهلك في الأمان، حيث حماية حقه في الصحة والسلامة، أما هدف الالتزام بالإعلام فهو بداية حماية حق المستهلك في الاختيار الحر بين المنتجات، وحماية حقه في المعرفة الاستهلاكية³، كما يهدف بذلك أيضاً إلى تحقيق المساواة في المعرفة والعلم بين المهني والمستهلك، وتحقيق التوازن في عقود الاستهلاك بينهما، وبذلك يوفر غالباً إرادة حرة ومستنيرة لدى المستهلك تصلح لإبرام عقود الاستهلاك.

المطلب الثاني: مضمون إعلام مستهلك الخدمة ونطاقه في عقد الخدمة الاستهلاكية.

يختلف مضمون الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد، عنه في مرحلة إبرام وتنفيذ العقد، كما تختلف المعلومات والبيانات من قانون دولة لأخرى، كما أن آلية

¹ - عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 21.

² - نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص 58.

³ - بوالكور رفيقة: الالتزام بإعلام الزبون المستهلك في مجال القروض البنكية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، يناير، 2018، ص 14.

تنفيذه تختلف باختلاف نوعية عقود الاستهلاك التقليدية وعقود الاستهلاك الالكترونية، حيث تلك التي تبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة لاسيما شبكة الانترنت، أو تلك التي يكون مضمونها معاملة من المعاملات، أو موضوعات تكنولوجيا المعلومات، وكيفما كانت طبيعة محل عقد استهلاك توريد سلع أو خدمات، فإن المشرع المغربي كرس الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي (الفقرة الأولى)، والالتزام التعاقدي بالإعلام (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي لمستهلك الخدمة

نصت المادة الثالثة من القانون 31-08 المتعلق بتدابير لحماية المستهلك على أنه: " يجب على كل مورد أن يمكن المستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للمنتوج أو السلعة أو الخدمة وكذا مصدر المنتوج أو السلعة وتاريخ الصلاحية إن اقتضى الحال، وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول، باعتبار حاجياته وإمكانياته، ولهذه الغاية يجب على كل مورد أن يعلم المستهلك بوجه خاص عن طريق وضع العلامة أو العنونة والإعلان أو أية طريقة مناسبة أخرى بأسعار المنتوجات أو السلع وبتعريفات الخدمات وطريقة الاستخدام أو دليل الاستعمال ومدة الضمان والشروط الخاصة بالبيع أو تقديم الخدمة وعند الاقتضاء القيود المحتملة للمسؤولية التعاقدية".

وبالرجوع إلى هذه المادة نجد أنها تقرض التزام عام، يهم المنتوجات والسلع والخدمات، وبالتالي فهو يعتبر حد أدنى من الحماية المقررة للمستهلك في هذا المجال، والتي تساهم في تعزيز الأمن التعاقدي له، من خلال تعزيز رضاه، وحتى يتخذ هذا الأخير قراره على بصيرة¹، بمعنى أن الالتزام بالإعلام يطبق دون المساس بالمقتضيات الأكثر فائدة للمستهلك، كما هو الحال بالنسبة للنصوص القانونية الخاصة، والتي تنص على التزامات إضافية وخاصة بالإعلام، ومن ذلك مثلاً ما نجده في مدونة التأمينات، أو

¹ - محمد قوراي: الحماية القانونية للمستهلك من الإعلانات المضللة، مجلة الحقوق 3، جامعة الكويت، 2009، ص 252.

القانون المتعلق بوكالات الأسفار أو المواد الغذائية، أو أيضا ما نجده في القانون 08-31.

هذا الالتزام قبل التعاقد بالإعلام كذلك، كانت قد سنته مدونة الاستهلاك الفرنسية في مادتها رقم 1-111¹L، والتي جاء في مضمونها التزام مورد السلعة أو الخدمة للإدلاء بالبيانات والخصائص الأساسية للخدمات التي يقدمها المورد للمستهلك الطرف في عقد الخدمة الاستهلاكي.

والجدير بالذكر هنا، وعلى الرغم من أن المادة الثالثة لا تشير إلى ذلك صراحة، فإن المطلوب من المهني هو تقديم معلومات لجمهور المستهلكين، ويظهر لنا ذلك من خلال الوسيلة التي اعتمدها المشرع لإعلام المستهلك، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة الثالثة السالفة الذكر ما يلي: "..... ولهذا الغاية يجب على المورد أن يعلم المستهلك بوجه خاص عن طريق وضع علامة (**marque**) أو عنوان (**étiquetage**) أو الإعلان (**affichage**) أو بأي طريقة أخرى مشابهة"².

وإذ يلاحظ أن كل هذه الوسائل تكون موضوعة بشكل واضح في أماكن تقديم الخدمة محل التعاقد (خدمة بنكية، خدمة الاتصالات)، وبالتالي فهي تكون في تناول جمهور المستهلكين، وهو ما يعني أنه لا يكون من اللازم الدخول في علاقة تعاقدية مباشرة وفردية مع المهني، حتى يكون بالإمكان الحصول على هذه المعلومات الأساسية التي يكون لها دور حاسم في تحديد المستهلك لموقفه، وبصيغة أخرى يجب أن يكون جميع مستهلكي الخدمة قبل إبرام العقد، على اطلاع بالميزات الأساسية للخدمة والشروط الخاصة بها والسعر أو التعريف الواجب أدائها، ويظهر لنا بصورة مبسطة

¹ - article L 111-1 du code de consommation dispose que : " avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de service, le professionnel communique au consommateur de manière lisible et compréhensible , les informations suivantes :les caractéristiques essentielles du biens ou du service, compte tenu du support de communication utilise et du bien ou service concerne."

² -article L 112-1 du code de consommation dispose que : « tout vendeur de produit ou tout prestataire de service informe le consommateur par voie de marquage , d'étiquetage , d'affichage ou par tout procédé approprié ».

معنى الالتزام قبل التعاقد من خلال المثال الآتي: حيث يحصل أن يقوم مشترك بشراء هاتف من

الهواتف الحديثة، المزودة بخدمة الإنترنت بمبلغ ثابت شهري محدد خمسمائة درهم مثلاً، ولا يعلم المستهلك أنه إذا غادر الدولة والخدمة مشغلة، سوف تكون تكلفة الخدمة مضاعفة، لم تكن للمشارك المستهلك في الحسبان، ليجد نفسه وقد ثبت في الواقع أنه قام بزيارة لدولة أجنبية لمدة يومين أو ثلاثة أيام، ويرغب في الاستفادة من الخدمة لكونه يعتبر الاستخدام مرتفعاً قليلاً يصل إلى ألف درهماً أخرى، إلا أنه يفاجأ بأن الفاتورة قد ارتفعت في هذه لمدة القصيرة، وبهذه الاتصالات القليلة، إلى مبلغ ثلاثة آلاف درهم وهو ما لم يكن يتوقعه، فلو أعلمه مقدم الخدمة مسبقاً بصريح العقد أو على الأقل برسالة نصية فور مغادرته للدولة وترك له الخيار لما أقبل على هذا التعاقد المكلف، ولما قبل بالخدمة من الأصل، لأنه يمكن أن يشترك في خدمات البلد المغادر إليه بمبلغ زهيد، ولكن يبدو أن مقدمي الخدمة لا يريدوا أن يفوتوا على أنفسهم فرصة الربح، ولو كان غير مشروع أحياناً، فيتعمدون السكوت ويدركون أن المشترك غالباً إذا علم بالحقيقة سيمتنع عن الاشتراك

وأحياناً يطلب المستهلك من مقدم الخدمة بإضافة الإنترنت إلى هاتفه المحمول، ويقوم مورد الخدمة بإضافة الخدمة دون أن يعلم ويبصر المستهلك المشترك بشروطها وأهمها السعر، ومواصفات الخدمة، خاصة إذا كان السعر يعتمد على نظام الفاتورة إذ يفاجأ المشترك بفاتورة مرتفعة المبلغ، بيد أن استخدامه محدود أو ربما دون استخدام أحياناً، إذ يكون هناك مبلغ على مدة الاشتراك الشهري، وليس على مقدار التنزيل وأحياناً على مقدار التنزيل، ولكن لكون الخدمة على الهاتف تكون مرتفعة جداً¹، وهذه الأمور لا يكون المشترك على علم بها مسبقاً، ومن هنا تأتي أهمية الالتزام بالإعلام الذي يكون سابقاً على التعاقد، ويستند إلى حسن النية والذي يحقق أمناً تعاقدياً لمستهلك الخدمة في هذه المرحلة.

¹ - فؤاد الشعيبي: التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصالات، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014، ص 27.

الفقرة الثانية: الالتزام التعاقدي بالإعلام

لا تقتصر حماية المستهلك على المرحلة السابقة على التعاقد فقط، بل تمتد أيضا للمراحل اللاحقة كإبرامه أو تنفيذه، فإذا كان الالتزام قبل التعاقد بالإعلام يستهدف تنوير إرادة المستهلك، بشأن بعض الأمور المرتبطة بقبول المستهلك لإبرام العقد من عدمه، فإن هناك أمور أخرى لا تقل أهمية من حيث وجوب بيانها أيضا، إذ لا يكفي أن يساعد مستهلك الخدمة على الدخول في عقود الخدمات، بل يجب كذلك مساعدته على الانتفاع الأمثل بها، والوقاية الكاملة من أضرارها، وتجنب كافة مخاطرها، وهكذا فإنه من حيث المدة الزمنية، فإن هذا الالتزام لاحق على إبرام العقد، ومصاحب لفترة أو مرحلة تنفيذه.

وينصب الالتزام التعاقدي بالإعلام الواقع على المورد لفائدة مستهلكي الخدمات، على أن تكون شروط عقد الخدمة واضحة ومفهومة (أولا)، وكذا تسليم الفواتير وإعلام المستهلك بآجال التسليم (ثانيا)، وبالتجديد الضمني للعقد (ثالثا).

أولا: إلزام المورد بعرض عقد خدمة واضح.

بالرجوع إلى المادة 9 من القانون 08-30 نجدها تنص على أنه: "فيما يتعلق بالعقود التي يحرر جميع أو بعض شروطها المقترحة على المستهلك كتابة يجب تقديم هذه الشروط وتحريرها بصورة واضحة ومفهومة، وفي حالة الشك حول مدلول أحد الشروط يرجح التأويل الأكثر فائدة بالنسبة إلى المستهلك".

ويقصد بتطلب الوضوح (la clarté) في العقد في نظرنا أن تكون العقود المقترحة على المستهلكين مكتوبة بخط ظاهر وبارز، ويسمح بقراءة مضمونها، وهو ما يحيل على الخط المستعمل في تحرير العقد، والمكان الوارد به شروط العقد، وتجنب تداخل السطور الذي يخلف صعوبات فيما يخص قراءة العقد بشكل عادي¹.

وقد نص المشرع الفرنسي على هذا المقتضى في المادة 19-121 L من مدونة الاستهلاك، حيث ورد فيها ضرورة إدلاء المهني للمستهلك بالبيانات كتابة، سواء من

¹ - أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، مرجع سابق، ص 73.

خلال دعامة ورقية تقليدية، أو أية دعامة إلكترونية أخرى، طالما تتصف بالدوام والاستمرارية والإتاحة لمستهلك الخدمة أي إمكانية تحت تصرفه¹.

ويستفاد من ذلك أن الوسيلة المستخدمة في إعلام المستهلك في تلك المرحلة، يجب أن تستجمع عدة شروط، لكي تتاح البيانات المطلوبة للمستهلك دون عناء من جانبه، ولعل أهمها، سهولة الحصول على الدعامة وسلاسة استعمالها، وأن تكون مكتوبة بلغة يفهمها المستهلك، وتتمثل هذه الدعامات الموفرة لهذه الشروط في الأقراص المدمجة، وأقراص الفيديو الرقمية، والأسطوانة الصلبة والخاصة بالحاسب الشخصي للمستهلك المحمول أو الثابت والتي تخزن الرسائل الإلكترونية، وكذلك الاسطوانات المعلوماتية، وما حددته المادة الثانية من التوجيهية الأوربية الخاصة بالتعاقد في مجال الترويج للخدمات المالية لدى المستهلك².

والجدير بالذكر، أنه حسب المادة 09 من القانون 31-08 فإنه لا يكفي أن يقوم مورد الخدمة بتقديم بنود عقدية واضحة من حيث الشكل، بل عليه كذلك واجب أن تكون هذه الأخيرة مفهومة *compréhensible*.

ويقصد بذلك، ضرورة تجنب استعمال الإشارات (*les sigles*)، والمختصرات (*les abréviations*)، والصيغ الغامضة، والإحالات التلقائية لشرط على آخر، لأن من شأن ذلك أن يجعل المستهلك يجد صعوبة كبيرة في معرفة التزامه بشكل جيد، أو أن توقعه في الغلط حول المدى الحقيقي لالتزاماته وحقوقه.

ثانياً: الإعلام بأجال تقديم الخدمة.

نظراً لحالة الضعف التي يوجد عليها مستهلك الخدمة في هذه العلاقة، فقد عمل المشرع على حماية مصلحته لأجل ضبط تاريخ تنفيذ المورد لعقد الخدمة، من خلال إلزامه المهني بإعلام المستهلك بأجال تقديم الخدمة، فقد نصت المادة 12 من المرسوم

¹ - l'article L 121-19-1 dispose que : " le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un entre support durable à sa disposition".

² - Tout instrument permettant au consommateur stocker des informations qui lui sont adresses personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément a l'avenir pendant un laps de temps adapte aux fins aux quelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction a l'identique des informations stockes.

التطبيقي للقانون 08.31 على أنه: "في كل عقد يكون موضوعه بيع منتجات أو تقديم خدمات إلى المستهلك إذا تجاوز الثمن أو التعريفية المتفق عليها بنص تنظيمي وكان تسليم المنتجات أو السلع أو تقديم الخدمات غير فوري، يجب على المورد أن يحدد كتابة في العقد أو الفاتورة.....الأجل الذي يتعهد فيه بتقديم الخدمات"، وحسب هذا المقتضى يكون المهني ملزم بتحديد الأجل الذي يتعهد فيه بتنفيذ التزامه بالتسليم كتابة، وبشكل دقيق في عقد الخدمة الاستهلاكي نفسه، وخاصة إذا تجاوز الثمن أو التعريفية المتفق عليها والمقررة بنص تنظيمي، أي قيمة 3000 درهم، كما هو محدد في المادة 28 من المرسوم التطبيقي لبعض أحكام القانون 08-31.

كما أنه لم يعد بإمكان مورد الخدمة الإشارة إلى تاريخ تقريبي لتنفيذ الالتزام، بل أصبح من الواجب أن يحدد هذا التاريخ بشكل دقيق وواضح، وضمانا لحق المستهلك في الخدمة داخل أجل معقول، أو التخلي عن العقد ويخلص من قبضة المورد، فإنه إذا انتهى الأجل المحدد من قبل المهني مورد الخدمة بسبعة أيام ولم يعزى هذا التأخير لقوة القاهرة، أصبح للمستهلك الحق في فسخ العقد بقوة القانون ودون حاجة للجوء للقضاء، بأية وسيلة تثبت التوصل، وذلك بالرغم من جميع الأحكام التعاقدية المخالفة¹ ويعتبر الالتزام مفسوخا بمجرد توصل المورد بالإشعار.

ويترتب على ذلك، أن يقوم المورد برد المبالغ التي سبق أداؤها من طرف المستهلك، وذلك داخل آجال لا تتجاوز سبعة أيام من تاريخ تسلم الإشعار بالفسخ، تحت طائلة في حالة عدم احترام المورد لأجل استرداد المبالغ للمستهلك، مطالبة هذا الأخير واستحقاقه بقوة القانون، ابتداء من اليوم الثامن فائدة بالسعر القانوني الجاري به العمل، على المبلغ المؤدى للمورد لفائدة المستهلك، مع إمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به من جراء عدم التسليم في الأجل المحدد²، وتبرز مسؤولية مقدم الخدمة هنا في هاته الحالة، كالتأخر في تقديم خدمة الاتصال عن الوقت المتفق عليه، وهو ما قد يسبب أضرارا للمشارك كتفويت فرصة، أو التأخر في إنجاز أعمال متعلقة بالإنترنت، حيث

¹ - المادة 13 من القانون 08-31.

² - المادة 14 من القانون 08-31.

يحصل أن يتم إبرام العقد ولكن يتأخر مقدم الخدمة عن تنفيذ التزاماته بحجج متعددة تخصه.

وهنا نرى بأنه على السلطات الحكومية الوصية، وضمانا للأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات، تقنين عقوبات مالية عن كل يوم تأخير، أو أن تدرج في عقود الاستهلاك الخدماتية شروطا جزائية لفائدة المستهلك¹، كما هو الحال بالنسبة لعقود ولوج شبكة الانترنت أو الماء والكهرباء.

ثالثا: الإعلام بالتجديد الضمني.

نصت المادة 7 من القانون 31-08 على أنه: "فيما يخص عقود الاشتراك المحددة المدة يجب على المورد أن يذكر المستهلك كتابة بأية وسيلة تثبت التوصل:

-1

.....

-2 في حالة التجديد الضمني بالأجل الذي يجوز للمستهلك خلاله أن يمارس حقه في تجديده شهرا على الأقل قبل بداية الأجل المذكور."

وفي حالة وجود شرط التجديد الضمني وعند عدم تذكير المستهلك بهذه المعلومة وفقا لأحكام البند 2 من الفقرة الأولى أعلاه، يمكن له أن ينهي العقد في أي وقت وحين ابتداء من تاريخ التجديد دون تبرير ذلك، أو دفع غرامات، كما أن المشرع أضاف مجموعة من الضمانات التي تحقق نفس الهدف لعل أهمها ما يلي:

-يتعين على المورد إذا كان من الواجب إبرام عقد بصفة كلية أو جزئية كتابة أن يحرره في العدد اللازم من النظائر وأن يسلم إحداها على الأقل إلى المستهلك"، ونظرا لكون شرط التجديد الضمني للعقد يمكن أن يكون بندا تعسفيا واردا في عقد الخدمة الاستهلاكي، يمكن أن يخلق اختلالا كبيرا في التوازن العقدي، فقد عمل المشرع المغربي على إعطائه أهمية خاصة، ففي عقود الخدمات الاستهلاكية وخاصة عقود الاشتراك.

¹ - فؤاد الشعبي: مرجع سابق، ص 153.

وهكذا فإن تطبيق هذا الالتزام بالإعلام (الإعلام بالتجديد الضمني)، يفرض أن يكون العقد قد حدد بدقة التاريخ الذي يمكن خلاله للمستهلك، أن يعبر عن رغبته في عدم استمرار العلاقة التعاقدية بعد انتهاء المدة الأصلية، ولذلك فهي تلزم المهني بتذكير المستهلك بهذا التاريخ قبل بدايته بشهر على الأقل، بواسطة أية وسيلة تثبت التوصل، وقول المشرع على "الأقل" يعني أنه يمكن أن يكون التذكير قبل ذلك¹، أما إذا كان هذا التذكير بعد ذلك، ولو بيوم واحد فإنه يعتبر كعدمه، وهو ما يعني أننا نكون أمام فرضيتين:

• إما أن يتم احترام هذا الالتزام بالإعلام، وبالتالي يكون على المستهلك أن يتخذ قرار وهنا لا يخلو الوضع من أمرين:

- فقد يلتزم الصمت مما يؤدي مبدئياً إلى استمرار العلاقة التعاقدية طبقاً لما جاء في العقد الأصلي.

- يمكن للمستهلك أيضاً في إطار الأجل المحدد في العقد، أن يعبر صراحة عن رغبته في عدم التجديد، أي في عدم الاستمرار في العلاقة التعاقدية بعد انتهاء الفترة الأصلية.

ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه حول نطاق العقود المشمولة بواجب الإعلام بالتجديد الضمني من عدمه، وكذا الوسيلة المتبعة في ذلك لممارسة هذا الحق بالنسبة للمستهلك؟.

فبخصوص نطاق العقود المشمولة بواجب الإعلام بالتجديد الضمني أو عدم التجديد الضمني للعقد، فهي عقود الاشتراك المحددة المدة وبالتالي يخرج من هذا النطاق العقود غير محددة المدة، أما فيما يتعلق بكيفية ممارسة المستهلك لحقه في عدم التجديد في عقود الاشتراك الخدماتية المحددة المدة فإن المشرع لم يحدد كيفية قيامه بذلك بمقتضى المادة السابعة من القانون 31-08.

¹ - المادة 08 من القانون 31-08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك.

وبناء عليه نشير أولاً، إلى أن ممارسة الحق في عدم تجديد العقد عند انتهاء مدته الأصلية، يكتسي طابعاً تقديرياً ومجانياً، أي أن للمستهلك صلاحية ممارسة حقه دون أن يقدم أي تبرير على ذلك، أو دفع غرامات، وبالتالي فإن كل شرط يربط ممارسة هذا الحق بأداء مقابل مالي يعتبر غير مشروع.

ومن حيث الشكل وأمام سكوت النص القانوني، فإن للمستهلك الحق في ممارسة عدم التجديد بأية وسيلة يراها مناسبة، وتكون مثبتة للإجراء، والتي من شأنها أن تعيد له حريته بكل أمان في العقد ببعث رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل إلى المهني. وهذا في فرضية احترام المهني للالتزام بإعلام المستهلك بحقه في عدم تجديد العقد.

• أما الفرضية الثانية فهي حالة عدم احترام المهني لحق المستهلك في هذا الالتزام، أي لم يتم بتذكير المستهلك بإمكانيته في تجديد العقد، أو قام بذلك خارج الأجل المحدد في المادة السابعة من القانون 31-08، فإن الفقرة الأخيرة منها تعطي للمستهلك إمكانية التخلي عن العقد في كل وقت وحين، ابتداء من تاريخ التجديد دون تبرير ذلك أو دفع غرامات.

وعبارة "في أي وقت وحين" المستعملة من طرف المشرع هنا، تعني أن للمستهلك السلطة التقديرية الواسعة في التحرر من العقد، ولا يكون ملزماً بإنهاء العقد المجدد باحترام أي إشعار سابق، حتى لو كان مضمناً ومنصوص عليه في العقد موضوع عدم التجديد، والملاحظ أن المشرع المغربي وتعزيزاً لثقة المستهلك في إبرام العقود الخدماتية وخاصة عقود الاشتراك قد حدد لها ضوابط مهمة، والتي تهم التجديد الضمني والتي كانت موجودة وواردة في العقود النموذجية، ولم يكن المستهلك يلقي لها بالاً في بنود العقد، فيضطر إلى تحمل مسؤولية عدم التجديد، كما هو الحال مثلاً في عقود الاشتراك في الهاتف المحمول، أو الاشتراك في الانترنت، أو في التأمين، وإن كان هذا العقد لم يعد في مصلحة المستهلك، أو لا يتماشى مع تطلعاته في حالة تجديده.

ومن هذه الضوابط الآجال الواجب احترامها من طرف المهني في تذكير المستهلك بالتجديد، أو عدم التجديد وكذلك التبليغ الكتابي، كما أن صيغة المادة السابعة جاءت بصيغة أمر، وقد رتب المشرع المغربي على مخالفتها جزاءات زجرية ضد المهني¹.

وعموما يظهر أن المشرع المغربي من خلال فرضه الالتزام بالإعلام، على عاتق المهني لفائدة المستهلك، أراد أن يعيد نوعا من المساواة القانونية، ويخدم الأمن التعاقدي لمستهلكي هذه الخدمات، والتي غالبا ما يفاجأ فيها الطرف الضعيف بعد إبرام العقد، بمجموعة من المعلومات التي لم يكن على علم بها، مما يؤدي إلى إحساسه بأنه كان ضحية غياب الشفافية في هذه العملية التعاقدية، ولذلك فإن الحرص على خلق أمن تعاقدية، ينبثق أساسا عبر تقوية وتنوير وضعية إرادة المستهلك، من خلال مده بالمعلومات المهمة والحاسمة في العقود حتى يقدم على التعاقد وهو على بينة من أمره.

المبحث الثاني: إشكالية تنفيذ الالتزام بالإعلام.

بالرجوع إلى مقتضيات القانون المغربي نجد أن المشرع حقق مكتسبا تشريعيا، يخدم الأمن التعاقدي للمستهلك، من خلال الاعتراف بحق مستهلك الخدمة في الإعلام، ومن أجل ضبط تنفيذ هذا الالتزام من طرف موردي الخدمة، ألزمه المشرع بتقديم الفاتورة كمستند كافي بذاته لإثبات التعاقد مع مستهلكي الخدمة (المطلب الأول)، غير أن إثبات تنفيذ هذا الالتزام لازال يطرح إشكالية عبئ الإثبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إلزام مورد الخدمة بتقديم الفاتورة.

بعد أن كانت الفاتورة أداة اختيارية في ظل قانون حرية الأسعار والمنافسة رقم 99-06، حيث لم تكن تسلم إلا بناء على طلب من المستهلك، غير أن قانون تدابير حماية المستهلك المغربي وضمنا لشفافية التعاقدات الاستهلاكية عموما، جعل تسلم الفاتورة التزاما قانونيا إلزاميا، وللإلمام بها سنتناول تعريفها وبيناتها الإلزامية (الفقرة

¹ - يراجع بشأن ذلك المادة السابعة من القانون 31-08.

الأولى)، على أن نتولى التطرق لأهميتها القانونية في عقد الخدمة الاستهلاكي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف الفاتورة وبياناتها.

لما كانت الفاتورة أداة إثبات فعالة بالنسبة للمستهلك، ما دام أنها تسمح بإثبات وجود العلاقة التعاقدية بين الطرفين من جهة، ومن جهة أخرى تسمح من خلال البيانات الواردة فيها، من التحقق من مطابقة العملية المبرمة للمقتضيات التي تحكم العلاقات الاقتصادية¹، فقد ألزم المشرع المغربي مورد الخدمة تسليم الفاتورة لمستهلكي الخدمة الطرف في العقد الاستهلاكي، حيث نصت المادة الرابعة من القانون 09-08 على ما يلي: "يجب على المورد كذلك أن يسلم فاتورة.....".

وقد عرفت المادة الأولى من المرسوم التطبيقي للقانون 31-08 الفاتورة بأنها:

" كل وثيقة محاسبية منصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل والمقدمة للمستهلكين قصد إثبات أية معاملة بينهم وبين مورديهم".

ونظرا لأهمية الفاتورة في شفافية العلاقة التعاقدية، فقد أصبح هذا التسليم إلزاميا وفي كل حالات الأداء ودون حاجة لطلبها، كما كانت تنص على ذلك المادة 48 من القانون 06-99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.

ويجب أن تتضمن الفاتورة البيانات التالية:² هوية المورد، وتحديد الخدمة محل التعاقد، وتاريخ ومكان العملية وعند الاقتضاء، تاريخ تقديم الخدمة، بالإضافة إلى ذلك يمكن أن تتضمن الفاتورة بيانات إجبارية أخرى حسب طبيعة الخدمة بقرار مشترك للسلطة الحكومية المكلفة بالتجارة والسلطة الحكومية الوصية على قطاع الخدمات المعني.

¹ - أبو بكر مهم، مرجع سابق، ص 75.

² - المادة 25 من المرسوم التطبيقي لبعض أحكام القانون 31-08.

الفقرة الثانية: الأهمية القانونية للفاتورة.

وهكذا نجد أن المشرع المغربي وضمانا لشفافية التعاقدات، التي يبرمها مستهلك الخدمة مع المورد، وحماية لإرادته من التعسف ألزم موردي الخدمات بتزويد المستهلكين بفواتير واضحة، وصحيحة ومفصلة للخدمات المقدمة لهم، في نهاية كل مدة محددة سلفا على غرار باقي التشريعات المقارنة¹.

فالالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك التزم عام، ينطبق على جميع أنواع العقود، ولا يخص عقدا بعينه²، وكمثال على ذلك مستهلكي الخدمات الطبية، حيث إن العقد الطبي فإذا كان الغرض منه العلاج، فإن هذا الأخير قد يشكل خطرا على المريض نتيجة تقلص فرص الشفاء، أو خطورة وسيلة العلاج، مما يوجب على الطبيب إعلام المريض والحصول على موافقته لانعقاد العقد وتنفيذه (قانون أخلاقيات الطب)، الأمر الذي يقتضي في بعض الأحيان أن يكون كتابيا، كما هو الحال في القانون 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء البشرية³، وتجد الإشارة إلى أن الالتزام بالإعلام يمتد إلى الأسعار في عقود الخدمات الطبية، حيث أوجب المشرع المغربي على موردي الخدمات الطبية (مصحات، عيادات)، باطلاع المستهلك المريض مسبقا على الثمن الذي سيدفعه تقاديا لأية مفاجأة حول الخدمة، وهو ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 75 من القانون 13-131 التي نصت على أنه "يجب تحت مسؤولية المدير الإداري والمالي إعلان بشكل واضح ومقروء في أماكن الاستقبال وفي واجهات مكاتب الفوترة كل المعلومات المتعلقة بأسعار الخدمات التي تعرضها المصحة"⁴، وهو نفس التوجه الذي كان قد

¹ - كما هو الحال بالنسبة لعقود الاشتراك في خدمات الاتصال، يراجع بشأن ذلك نظام الاتصالات السعودي الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم 74 بتاريخ 1422/03/5 هـ، الفصل الثامن من المادة الخامسة والخمسون الفقرة 1.

- ولمزيد من التفصيل، يمكن الرجوع لنشرة بعنوان دليل خدمات الاتصالات بمصر، تصدر هذه النشرة عن الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات، لجنة حماية حقوق المستخدمين والمنشورة على الموقع الإلكتروني <http://www.nta.gov.eg>، تاريخ الاطلاع: 2015/04/04.

² - مصطفى سماعيل، العقد الطبي في ظل قواعد حماية المستهلك، مجلة القانون والأعمال، العدد 9 شتنبر 2016، ص 117.

³ - المادة 10 من القانون 98-16 المغربي التي تنص على أن "يجب أن يعبر المتبرع على موافقته على أخذ عضو منه أمام رئيس المحكمة الابتدائية.....".

⁴ - القانون 13-131 المتعلق بمزاولة مهنة الطب الجريدة الرسمية عدد 6342 الصادرة بتاريخ 12 مارس 2015.

نهجه المشرع الفرنسي في قانون الصحة العمومية الفرنسي، حيث ألزم المهنيين في مجال الصحة الذين يمارسون بصفة حرة قبل تنفيذ أي عمل طبي بإعلام المريض (المستهلك) بسعر تكلفة هذا العمل، والقيمة القابلة للتصويت منه من قبل صندوق التأمينات الاجتماعية¹، وفي هذا الإطار فقد قضت محكمة الاستئناف بليون الغرفة السادسة المدنية في قرارها الصادر بتاريخ 1-12-2005 بالتزام طبيب الأسنان بدفع تعويض لمريضته بحجة أنه لم يعلمها مسبقا بالمبلغ المالي الواجب أدائه من طرف هذه الأخيرة، مقابل رضاها بالعلاج، وذلك لعدم تقديمه لبيان أسعار الخدمة².

المطلب الثاني: عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام.

ميز الفصل 400 من قانون الالتزامات والعقود المغربي بين إثبات وجود الالتزام وإثبات تنفيذه³، ولا يخرج الالتزام بالإعلام عن هذه القاعدة، وما يهمنا الآن هو العنصر الثاني وهو إثبات تنفيذه الالتزام، ليبقى التساؤل المطروح، هل إثبات تنفيذ إعلام المورد للمستهلك بمناسبة التعاقد الاستهلاكي خاضع للقواعد العامة المنظمة في قانون الالتزامات والعقود؟ (الفقرة الأولى) أم أن ذلك خاضع لمقتضيات خاصة بقانون حماية المستهلك؟ (الفقرة الثانية).

¹ - Article 1113-3 code de la santé publique dispose que : « toute personne a droit a sa demande, a une information, délivrée par les établissement et services de santé publique et privés, sur les frais auxquels elle pourrait être exposée à l'occasion d'activités de prévention , de diagnostic et de soins et les condition de leur prise en charge... ».

² - وحيث ذكرت الغرفة ما يلي:

« En l'absence de devis propose et signe par la patiente un accord sur le de ses soins n'est établi , et ne peut être retenu que cette absence pour des travaux dentaires assez important constitue une faute du dentiste dans ses obligations professionnel, la patiente n'ayant pas été mise en mesure de connaitre l'engagement financier Qu' elle prenait en acceptant les soins, celui-ci redevable des dommage et intérêt à l'égard de sa patiente pour défaut de renseignement ci-dessous et hauteur de 700 euros »

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichjurijudi.do?idtexte=juritext000006947707>.

³ - ينص الفصل 400 من قانون الالتزامات على ما يلي: إذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه.

الفقرة الأولى: عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام في ظل القواعد العامة.

يتعلق الأمر في هذه النقطة بمعرفة ما إذا تم تنفيذ الالتزام بالإعلام أم لم يتم تنفيذه، بمعنى ما إذا تم الإدلاء بالمعلومات من طرف المدين أم لم يتم ذلك، ويشير إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام صعوبة أساسية، تكمن في تحديد الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات، وبمعنى أدق هل يجب على الدائن أن يثبت عدم تنفيذ المدين التزامه أم يجب على المدين أن يثبت أنه نفذ ما عليه؟.

ففي ظل القواعد العامة وتطبيقا للمادة 400 من قانون الالتزامات والعقود، فإنها تفرض على من يدعي "انقضاء الالتزام أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه"، وبالتالي فإن الدائن بالالتزام بالإعلام، هو الذي يتعين عليه إثبات إخلال المدين بهذا الالتزام، وذلك سواء كان إخلاله إيجابيا أو سلبيا¹، ومن تم فالدائن هو الذي يقع عليه عبء إثبات عدم تنفيذ المدين الالتزام، أي امتناعه عن إعلامه أنه مجبر على إقامة الدليل على واقعة سلبية وفقا لهذا الرأي².

وهو المبدأ الذي يقره القضاء المغربي أيضا³، فالقاضي لا يملك سلطة إجراء التحقيقات بصفة شخصية، في القضايا المعروضة عليه، من أجل إصدار الحكم، وليس من حق المحاكم في ظل القواعد العامة أن تثير انتباه الأطراف إلى وجود عيب في الأدلة التي قدموها لإثبات ادعاءاتهم، لأن المدعي يلتزم بضرورة تقديم الإثبات الحقيقي، دون أن يكون له الحق في الحصول على توجيهات من المحكمة المختصة، التي يجب أن

¹ - حمدي أحمد سعد، الالتزام بالافضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفقهاء الإسلاميين رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، المكتب الفني للإصدارات القانونية 1999، ص 475.

² ALISSE . (J), l'obligation de renseignement dans les contrats, thèse n° 201, paris II, 1975, p182, ou il a écrit : "le créancier de l'obligation de renseignement victime d'une erreur, devra établir devant les juges l'existence de cette obligation, sa violation par le débiteur ». il a écrit aussi dans la page 183, n° 20, que le « le créancier devra prouver que le débiteur n'a pas rempli son obligation par conséquent s'est abstenu de la renseigner ».

³ - من القرارات الأولى الصادرة عن القضاء المغربي في هذا الشأن والتي تكرر هذا التوجه، نقض مدني صادر بتاريخ 12 يوليوز 1960 أشار إليه، المهدي منير: المظاهر القانونية لحماية المستهلك، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2004-2005، وجدة، ص 127.

تلتزم بالحياد في الدعوى القضائية، وذلك يعني أنه على المستهلك أن يثبت الالتزام الواقع على الطرف المتعاقد معه في حالة عدم قيام هذا الأخير بتنفيذ التزامه على النحو المتفق عليه، وفي المقابل أي في حالة إثبات وجود الالتزام على المدعى عليه أن يثبت انقضاءه أو عدم نفاذه لسبب من الأسباب.

وهكذا فإنه إجمالاً، وبالرجوع إلى القواعد العامة فإن مسألة الإثبات لا تخدم المستهلك ولا تحقق الأمن التعاقد، لكن مع مجيء قواعد قوانين الاستهلاك، وانتشار فلسفة حماية الطرف الضعيف في قانون العقود، أثرت إيجاباً على مركز المتعاقد في علاقته بالمهني المحترف وخاصة المستهلك.

الفقرة الثانية: عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام في ظل قواعد قانون الاستهلاك.

في ظل وجود تشريعات مستقلة لحماية المستهلك، سواء في فرنسا أو في العديد من الدول الأوروبية والعربية، فإن المشرع بات يتولى بنفسه تحديد البيانات التي على الإفضاء بها لتوفير رضا المستهلك، ومفاد ذلك أنه على المهني الإدلاء بكافة البيانات والمعلومات التي تحددها نصوص قوانين حماية المستهلك دون حاجة إلى اتفاق خاص يقرر ذلك¹.

غير أن الإشكال الذي يطرح بخصوص إثبات قيام المورد بتنفيذ الالتزام بالإعلام، فهل يقع عبء الإثبات على المستهلك أم المورد؟.

فبالرجوع إلى القانون المغربي وخاصة القانون 31-08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك، فإن المشرع لم ينص صراحة على توجه جديد يخفف من عبء الإثبات على المستهلك الطرف في عقد الخدمة، في مواجهته للمورد المهني، مما يحتم الرجوع للقواعد العامة في الإثبات التي تكرر إثبات الالتزام على مدعيه.

¹ - BOYER. (Y) , l'obligation de renseignement dans la formation du contrat ,thèse aixe-marseille,1977.p 350.

لكن المشرع حاول التخفيف من حدة هذه القاعدة بما يخدم مصلحة المستهلك، مراعاة منه لحساسية وعدم توازن العلاقة التي تربط المستهلك بالمهني¹، خاصة في العقود المبرمة عن بعد حيث نصت المادة 34 من القانون 31-08 على أنه:

"في حالة حدوث نزاع بين المورد والمستهلك يقع عبئ الإثبات على المورد وخاصة فيما يتعلق بالتقديم المسبق للمعلومات المنصوص عليها في المادة 29 وتأكيدها واحترام الآجال وكذا قبول المستهلك".

كما أن المشرع من خلال القانون 31-08 أكد هذا التوجه المضاد في الإثبات، حيث اعتبر في المادة 18 أن كل بند ضمن بالعقد يشترط إلغاء عبئ الإثبات على المستهلك يعتبر تعسفياً، وهو الأمر الذي نصت عليه كذلك المادة L132/1 من مدونة الاستهلاك الفرنسية، فإن الشرط الذي يقلص سلطة المستهلكين في اختيار وسائل الإثبات التي يخول لهم القانون الحق في استعمالها يعد شرطاً تعسفياً.

ويعتبر هذا التوجه "قلب عبئ الإثبات" من إنتاج العمل القضائي الفرنسي، حيث صدرت مجموعة من القرارات عن محكمة النقض تؤكد هذا التوجه، حيث جاء في قرار صادر عنها²: "بأن المهني هو الذي يتحمل إثبات التزامه، بإمداد المستهلك بالمعلومات وبأنه هو الملزم بإثبات أنه قام بهذا الالتزام، ولا يقع إثبات هذا الإخلال على عاتق المستهلك، فلا يلزم المستهلك بإثبات أنه لم يتم إمداده بالمعلومات اللازمة".

¹ - عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات، الكتاب الأول: نظرية العقد، دراسة مقارنة على ضوء التعديلات الجديدة الواردة في القانون 31-08، المتعلق بحماية المستهلك، والقانون رقم 53-05 المتعلق بتبادل المعطيات القانونية، والقانون رقم 24-09 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات، الطبعة الرابعة، 2014، ص200.

² - Cass. Civ 1 ère ch. 15 mai 2002, bull, civ.i.no 132. 2002, comm. 135. obs. leveneur (laurent).

ولقد جاء في الحكم:

"- Il appartient au professionnel de faire la preuve qu'il a correctement rempli son obligation d'information et non pas au consommateur de faire la preuve qu'il n'a pas été informé."

كما قضت محكمة النقض الفرنسية¹ بأن البائع المهني ملزم وفقا لنص المادة L-111 من مدونة الاستهلاك بتزويد المستهلك، بالمعلومات والبيانات الخاصة بالسمات الرئيسية بالمبيع، والأخطار المحتملة والتي قد تمس المستهلك في سلامته. هذا التوجه لمحكمة النقض دفع المشرع الفرنسي إلى إصدار القانون رقم 526 لسنة 2009 بتاريخ 12 ماي 2009 بإضافة فقرة أخرى للمادة L-111² تقضي بإلقاء عبئ الإثبات عند التنازع بين المستهلك والمورد على عاتق هذا الأخير، وذلك خلافا للقواعد العامة.

واتفاقا مع قضاء محكمة النقض الفرنسية، فيما يتعلق بإثبات الالتزام بإعلام المستهلك قبل التعاقد، فإن هذا التعديل سيعزز موقع المستهلك التعاقدي، ومن مركزه القانوني في مواجهة المورد، حيث أن المستهلك سيصبح في فكاك من عبئ الإثبات، وفي المقابل أن المورد سيعمل على بدل العناية اللازمة في إعلام المستهلك الطرف في عقد الخدمة، كما أن المستهلك أفلت من عبئ إثبات واقعة سلبية.

هذا التعديل في القانون الفرنسي، لم يأخذ به المشرع المغربي في القانون 31-08 بصفة عامة، بل اقتصر على العقود المبرمة عن بعد، وحذا لو اتجه المشرع المغربي إلى إضافة مادة تحسم مسألة الإثبات في النزاعات الاستهلاكية، بما يخدم الأمن التعاقدي لمستهلك الخدمة، خاصة وأن غالبية عقود الاستهلاك الخدماتية تتميز بهيمنة المورد في عرضها على المستهلكين.

الفرع الثاني: ضبط وتفصيل الآليات المكملة لتبصير إرادة مستهلك الخدمة.

إذا كانت فلسفة الالتزام بالتبصير تنبني على ضرورة حماية سلامة رضا المستهلك بشكل عام، من خلال إقدامه على التعاقد وإرادته على بينة من العملية التعاقدية، ومحيط بجميع تفاصيل العقد الذي يقدم على إبرامه، بحيث لا يشوبها أو يعترضها أي غموض،

¹ - Cass.1^{er} civ 1 er mars, 2005, bull.civ.i.no.109, CCC. 2005. comm. 142.

² -l'article 111/1 dispose après la modification que : "en cas de litige ,il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté cette obligation".

فإن تعاقد المستهلك مع موردي الخدمات يحتاج إلى ضبط الممارسات التجارية غير النزيهة أو الاستفزازية، حيث يلجأ المورد المهني إلى الإفراط في الدعاية للخدمات التي يقدمها للمستهلكين، من خلال آلية الإشهار التجاري، هذه الآلية التي أصبحت أداة في يد المهني مقدم الخدمة، تترك أثرا كبيرا على الإرادة، فيتم نهج أسلوب الإغراء والتضليل، باستعمال مختلف الوسائل التكنولوجية والوسائط الإعلامية، وأصبح المستهلك أمام آلة إعلانية ضخمة ومؤثرة، تتمظهر في الإعلانات التلفزيونية والإلكترونية على شبكة المعلومات، كما أنها تفاجئ المستهلك عبر صفحات وسائط التواصل الاجتماعي فايسبوك، وتويتر، وفي الصحف اليومية، واللوحات الإشهارية بالشوارع العمومية، والملصقة على وسائل المواصلات، وواجهات البنايات، حيث تساهم هذه الآليات والوسائل في تنمية وتغذية ثورة التطلعات لدى المستهلك¹، أو تستفزه أحيانا، فتلاحقه حتى ولو في السيارات الخاصة عن طريق الإعلانات الطائرة (flayer)، وهو الأمر الذي دفع بعض الفقه بأن يطلق على العصر الذي نعيش فيه بأنه عصر "الإشهار".

وكون طائفة المستهلكين هي المستهدفة بهذه الدعاية، وكان هؤلاء وكما يرى البعض في وضع أدنى من حيث الخبرة والمعرفة في مجال الخدمات (خدمة الاتصالات، الاشتراكات في خدمة الهواتف، الخدمات البنكية، التحويلات المالية، القروض الاستهلاكية...).

وهكذا فإن الواقع أفرز اتجاه مجموعة من الموردين مقدمي الخدمات إلى استعمال الخداع والتضليل في الإشهار ومن تم يقع المستهلك ضحية تعاقد مكلف بسبب حصوله على معلومات مضللة بنى عليها قرار يضر بمصلحته المالية، وما نتج عن ذلك من كثرة وتنوع مشاكل الإشهار بالنسبة للمستهلكين، ومن تم كانت الحاجة ماسة لتدخل التشريعات لحماية إرادتهم -المستهلكين- من هذه الإشهارات وضبط قواعدها حتى تتسم بالمصداقية والأمانة والموضوعية والوضوح² (المبحث الأول)، وفي حالة ما إذا كان الإعلام

¹ - محمد أحمد عبد الحميد أحمد: الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2015، ص 327.

² - قتيحة محمد قوراري: الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات المضللة، دراسة في القانون الإماراتي والمقارن، بحث منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الثالث، شتبر 2009، ص 254.

السابق صادقاً فإن المستهلك في الكثير من الحالات لا يستطيع التفكير في العرض المقدم إليه، لذلك عملت التشريعات وحماية لإرادة المستهلك على تبني خيار الرجوع في بعض العقود (المبحث الثاني) وهو ما قام به المشرع المغربي بتبنيه بمقتضى القانون 31-08 على غرار العديد من القوانين الحديثة.

المبحث الأول: التنظيم القانوني لقواعد الإشهار.

للإشهار فوائد متعددة في وجهه الإيجابي، فهو يقدم لمورد الخدمة المهني سرعة التسويق لخدماته ويتيح للمستهلك المقارنة، وتقييم الخدمات المقدمة من طرف مختلف مقدمي الخدمة، ورغم ذلك فللإشهار وجه سلبي، يتمثل في التأثير الكبير على جذب المستهلكين وسلب إرادتهم والاستئثار بها، ولعل هذا ما يفسر صرف مبالغ كبيرة على الإشهارات، قد تتجاوز تكلفة المنتجات والخدمات ذاتها، أحيانا من قبل مقدمي الخدمة¹، ويصل الأمر بهذه الإعلانات أحيانا إلى حد الإغراء الزائد، والكذب والتضليل وخداع المستهلك، ويتمثل ذلك في المبالغة في بيان ميزات الخدمات، كما هو الحال في خدمات الاتصال حيث تتم المبالغة في قدرات المورد والنطاق العريض وحجم البريد الإلكتروني، وسرعة الشبكة وقوة التغطية².

ويتسبب الإعلان أو الإشهار كذلك، في مهاجمة المنافسين وتغييب الشفافية وتنعدم المنافسة المشروعة، مما قد يؤدي إلى إيقاع المستهلكين في فضاء تعاقدى تنعدم فيه الشفافية، ويعم فيه التضليل والخداع، ويغيب حق الاختيار كحق مضمون قانونا لفائدة المستهلك، مما قد يؤثر على الأسس الرئيسية لتحقيق الأمن التعاقدى للمستهلك.

ولتحقيق هذا الهدف كانت الأهمية والحاجة ملحة إلى حماية إرادة المستهلك من التضليل والخداع، وضمان حق الاختيار بوضع قواعد قانونية تؤطر عملية الإشهار، كآلية مهمة لتسويق الخدمات من طرف مقدمي الخدمات (المطلب الأول)، ومراعاة لحقوق مستهلكي الخدمات في عقد متوازن وشفاف، تدخلت التشريعات بوضع الضوابط القانونية الملائمة لتنظيم هذه الآلية التسويقية (المطلب الثاني).

¹ - خالد موسى توني: الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات الخادعة، دار النهضة، 2007، مصر، ص 11.

² - فؤاد الشعبي: مرجع سابق، ص 234.

المطلب الأول: مفهوم الإشهار في التقنين المغربي والمقارن.

إن المفهوم العام للإشهار لا ينحصر في تعريفه، وإنما يتطلب النظر في خصائصه، ووظائفه وآثاره المباشرة غير المادية، التي تتراد بالشيء محل الإشهار سلعة أو خدمة، من خلال الاطلاع على بعض التجارب وخاصة الأوروبية، منها نجد أن الإشهار أصبح فنا وعلما قائم الذات، ويستخدم كآلية للبحث في ظاهرة الاستهلاك، ودراسة السلوك الاقتصادي للمستهلك، وبما أن دراستنا تهدف إلى دراسة أثر الإشهار على إرادة المستهلك أثناء التعاقد وفي المرحلة السابقة عليه كذلك، وبالتالي تحقيق الأمن التعاقدي وخاصة لمستهلكي الخدمات، فقد ارتأينا التطرق إلى مفهوم الإشهار التجاري (الفقرة الأولى) ثم ضوابط الإشهار التجاري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الإشهار.

سنتطرق أولا إلى التعريف الفقهي للإشهار (أولا) ثم التعريف القانوني له (ثانيا).

أولا: التعريف الفقهي للإشهار.

الإعلان التجاري أو ما يسمى بالإشهار يعد من أهم الوسائل التي تستخدم في تطوير الأنشطة الاقتصادية للشركات، ولفظ الإشهار المتداول في المغرب، مأخوذ من كلمة الشهرة التي تعني وضوح الأمر¹، ويسمى في الدول العربية بالإعلان².

أما في اللغة الفرنسية فإن لفظ *publicité* مشتق من الكلمة اللاتينية *publicare* والتي تعني تعميم الشيء، أي إعطائه صبغة العموم وتعريفه لدى الجميع، ولقد انتشرت هذه التقنية في الأوساط الاقتصادية بأروبا تحديدا منذ القرن التاسع عشر، الذي شهد تطورا صناعيا وازدهارا في الإنتاج، فأصبح السوق الذي يضم فئة غير

¹ - لسان العرب لا بن منظور، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 487.

² - يراجع في هذا الشأن: مصطفى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، نشر دار مكتبة الحياة، بيروت، ص 380.

- ينظر كذلك: أحمد العيسوي: الإعلان من منظور إسلامي، سلسلة كتاب الأمة، الطبعة الأولى، قطر، 1999، ص 42.

محدودة من المستهلكين، ومن أهم العناصر التي تحدد مفهوم الإشهار، الذي يمكن تقسيمه إلى ثلاثة أنواع وهي:

- النوع الأول: الإشهار الخاص الذي يمارسه المهني العادي، سواء كان تاجرا أو صانعا حرفيا بهدف عرض المنتج أو الخدمة.
- النوع الثاني: الإشهار المشترك الذي تستعمله المقاولات المتخصصة في إنتاج نفس النوع من السلع والخدمات.
- النوع الثالث: الإشهار القومي الذي ترعاه السلطة الوطنية للدولة من أجل خدمة الصالح العام الوطني.

ويعرف بعض الفقه الفرنسي الإشهار بمعناه الواسع بأنه: "كل أشكال الاتصال في إطار الأنشطة التجارية والصناعية والحرفية، بهدف الترويج لتوريد البضائع والخدمات، وتشمل كذلك العقارات والحقوق والالتزامات"، كما يعرفه بعض الفقه العربي بأنه: "كل إخبار أو إعلام بقصد تعريف المستهلك بسلعة أو خدمة معينة، وذلك بإبراز مزاياها، وامتداح آثارها بهدف إقبال الجمهور على هذه السلعة أو الخدمة"¹.

ثانيا: التعريف القانوني للإشهار.

بالرجوع إلى التعريف القانوني للإشهار وخاصة في القوانين المقارنة، حيث عرف الإشهار في قوانين المجموعة الأوروبية لسنة 1984 بعد صدور التوجيهات الخاصة بالإشهار الكاذب والإشهار المقارن²، حيث تضمنت الفقرة الأولى من المادة الثانية من هذه التوجيهات بيانا إلى أهم الخصائص التي تميز الإشهار واعتبرت بأنه: "يعد إشهارا كل وسيلة تستخدم في نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو حر، يكون

¹ - محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية للعقد الالكتروني - المستهلك الإلكتروني، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2011، ص172.

- يراجع كذلك: أماني جمال عبد المنعم عبد الوهاب، حماية المستهلك من وسائل الدعاية والإعلان في ضوء قواعد القانون المدني والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق، جامعة طنطا، 2010، ص 13.

² - Raymond, (G), droit de la consommation, litec, 2008, p91.

الهدف منها هو زيادة التسوق بالسلع والخدمات، بما في ذلك الأموال المنقولة والحقوق والالتزامات".

وفي نفس السياق تعرف المفوضية الأوروبية الأوروبية الإشهار في الكتاب الأخضر الصادر سنة 1994¹ الذي جاء فيه أن: "الإشهار هو كل وسيلة تستعمل للدعاية أو التسويق المباشر لتشجيع المبيعات والعلاقات العامة وتوجد هذه الوسيلة للرفع من قيمة المنتج أو الخدمات".

ولقد التزم المشرع الفرنسي الصمت بخصوص تعريف الإشهار، غير أنه أشار إلى مفهومه بطريقة غير مباشرة في بعض النصوص القانونية من بينها المواد L121-1 و L121-2 و L121-3 و L121-4 و L121-5، والتي تحدد الممارسات التجارية الغير النزيهة les pratiques commerciales déloyale، والتي تمنع كل إشهار يتضمن تحت أي شكل كان ادعاءات، أو إشارات أو بيانات خاطئة من شأنها أن توقع المستهلك في الغلط، وتناول بالتحديد الممارسات المضللة والخادعة، وهي خطوة أخرى نحو الاتساق مع نصوص التوجيهات الأوروبية أو مع القانون الأوربي إن جاز هذا القول، حيث تأتي هذه الخطوة بعد التعديلات التي أجراها المشرع الفرنسي، فيما يتعلق بالحماية من الشروط التعسفية، وكيفية مواجهاتها، وكذلك فيما يتعلق بالتعديلات الخاصة بضمان مطابقة السلع والمنتجات، والذي يكفل حماية أكثر فاعلية للمستهلك، جاءت التعديلات التي أدخلت على قانون الاستهلاك بموجب القانون رقم 3 لسنة 2008 والصادر بتاريخ 3 يناير 2008 من أجل "تنمية المنافسة لخدمة المستهلكين والمسمى بقانون chatel.

وذلك بهدف إعمال أحكام التوجيه الأوربي رقم 2005/29 بتاريخ 11 ماي 2005 والخاصة بالممارسات التجارية غير النزيهة².

¹ - Le livre vert de la commission européenne, les communications commerciales dans le marché intérieur . piste de réflexion pour l'avenir .B ruxelle.1996.

² - LUBY (M) , protection des consommateurs publicité et communications commerciales.RTD.com.2005.p 631.

أما المشرع المغربي فقد تناول الإشهار كممارسة تجارية يقوم بها المورد، في القسم الرابع من القانون 31-08 في المواد 21 و 22 و 23 و 24 بمثابة القواعد العامة للإشهار، وفي المسابقات الإشهارية لأجل الربح في المواد 60 و 61 و 63 و 64، وفي القروض الاستهلاكية ضمن المادة 76، وفي القرض العقاري ضمن أحكام المادتين 116/115، ولم يتطرق فيها إلى أي تعريف للإشهار، وإنما تطرق فيها إلى مجموعة من الضوابط الحمائية للمستهلك المتعلقة بتنظيم الإشهار، وتحديد أنواعه والشروط القانونية الواجب توفرها في الإشهار حتى لا يكون إشهاراً ممنوعاً.

المطلب الثاني: الضوابط القانونية لعملية الإشهار التجاري محل عقد الخدمة الاستهلاكية.

في إطار الضمانات الكفيلة بتفعيل الالتزام بتبصير مستهلكي الخدمات، وخاصة في مرحلة إبرام عقد الخدمة الاستهلاكية، أو في المرحلة السابقة على التعاقد، فقد عمل المشرع المغربي وفي إطار تقوية الحماية للتراضي، وتنوير إرادة المستهلك الطرف الضعيف في التعاقد الاستهلاكي، ورغبة منه في تعزيز الأمن التعاقدي للمستهلك، عمل على وضع قواعد قانونية منظمة للعمليات الإشهارية، وبناء عليها أفرزت القواعد العامة المنظمة للإشهار كممارسة تجارية يلجأ إليها المورد والمهني للدعاية وترويج خدماتهم آليتين قانونيتين متمثلتين في وضع معايير للإشهار القانوني (الفقرة الأولى) مع منع بعض صور الممارسات الإشهارية، وخاصة الإشهارات المضللة الكاذبة *publicités trompeuses mensongère*.

الفقرة الأولى: اشتراط النزاهة والوضوح في الرسالة الإشهارية.

إن وضع النصوص القانونية لتنظيم بعض الممارسات التجارية التي تصدر عن الموردين، ومن بينها الإشهار بهدف تحقيق التوازن في العلاقات الاستهلاكية، يعد في

== Voir: Raymond (G), les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n 2008-3 du " janvier 2008, pour le développement de la concurrence au service== des consommateurs, JCP.E .2008, , p .17.

واقع الأمر بمثابة المظهر الحقيقي لحماية المستهلك، ومن هذا المنطلق يجب الالتزام بإصدار إعلان حقيقي، ومشروع من طرف مورد الخدمة، فمستهلك الخدمة في حاجة لأمن تعاقدية، هذا الأخير الذي من أسسه خلق وبناء توازن، في علاقة تعاقدية في الأصل غير متكافئة¹.

فكل إشهار لخدمة يجب إن يتقيد بالقوانين الجاري بها العمل، وهذا يفترض أن يكون الإعلان صادقا ومشروعا وحقيقيا، أي أن مضمون الإشهار يرتكز على أن يحث المستهلك على الدخول إلى طلب الخدمة بطريقة مبصرة، لا يشوبها عيب ولا خداع، ويعتبر مصدر للمعلومات والبيانات حول السلع والخدمات المطروحة في الأسواق، فهو بذلك يمنح أثارا إيجابية للمستهلك المتعاقد، كما أنه يكون آلية وقائية لحماية إرادة المستهلك قبل التعاقد.

وقد حدد المشرع المغربي الضوابط القانونية للإشهار المسموح به قانونا، والمتمثلة في ضرورة تحديد الطبيعة الإشهارية بشكل واضح، حيث نصت المادة 23 من القانون 31-08 على أنه: "يجب أن يشير كل إشهار كيفما كان شكله يمكن استقباله عبر خدمة الاتصالات موجهة للعموم إلى طبيعته الإشهارية بطريقة واضحة لا تحتمل أي لبس، لاسيما العروض الدعائية كالبيع بالتخفيض أو الهدايا أو المكافآت وكذا المسابقات الإشهارية من أجل الربح عند تلقيها من طرف المستهلك، كما يجب أن يحدد بوضوح المورد الذي أنجز لصالحه الإشهار".

كما نصت المادة 22 في فقرتها الثانية من نفس القانون أعلاه، على أن الإشهار المقارن "لا يرخص به إلا إذا كان نزيها وصادقا وألا يكون من شأنه إيقاع المستهلك في الغلط"، وبخصوص الإشهار الذي يقوم به المورد عن طريق البريد الإلكتروني فقد ألزم المشرع المورد بضرورة تقديم معلومات واضحة ومفهومة حول حق التعرض في

¹ - Safae.(H), la protection du consommateur contre l'excès de la publicité, revue marocaine de droit commercial et des affaires .n° 3, 2015.p 24.

المستقبل على تلقي الإشهارات، مع تحديد وسيلة ملائمة لممارسة الحق المذكور بفعالية عن طريق البريد الإلكتروني ووضعها رهن تصرف المستهلك.

ويترتب على الإشهار الصادق المشروع آثارا إيجابية، تتعلق بحماية إرادة المستهلك، كما أنه يصبح نوعا من الحماية الوقائية له، وتتحقق تلك الحماية بتبصيره وتحفيزه، لأن يكون ملما بكافة المعلومات والبيانات السليمة، وهذا أمر هام خصوصا في المرحلة السابقة على التعاقد، أو في مرحلة تكوين العقد، فيتحقق رضاه به وتصوره للمنافع التي تقدمها الخدمة، وتكون في ذهنه كيفية الالتزامات التي تقع عليه من غير أن يكون جاهلا بها¹، ويؤدي ذلك إلى عملية تعاقدية سليمة عن اختيار واع، ويجنب المستهلك التعاقد وفق انفعالاته وسلوكياته غير المتبصرة، مما يسهم في تقوية وخلق أمن تعاقدى لمستهلك الخدمة محل التعاقد الاستهلاكي.

وهكذا فإن الإخبار الصحيح والواضح، حجر الزاوية في أي ولوج حقيقي للخدمات الأساسية²، ومع ذلك فإن معظم المعلومات التي تصل إلى المستهلك، بخصوص الخدمة يغلب عليها الطابع الإشهاري، وتقل فيها خدمات الإرشاد والتوجيه المحايد، وما يزيد الطين بلة هو هيمنة الإشهارات المضللة.

الفقرة الثانية: منع الإشهارات المضللة والكاذبة.

إذا كانت الغاية القانونية من ضبط القواعد القانونية للعملية الإشهارية، هي تقوية ضمانات تبصير المستهلك، وإذا كان الهدف الأساسي من الالتزام بالتبصير هو إعلام عموم المستهلكين، فإن ذلك لن يتحقق من خلال الإشهار الكاذب الذي لا يهدف إلى تبصير المستهلك³ وإنما تضليله، ورغبة في حماية إرادة المستهلك الطرف في عقد

¹ - سارة وجدي عبده: الحماية المدنية من الإعلان، دار الجامعة الجديدة، 2020، ص 100.

² - عبد الحميد أخريف: ولوج المستهلك لخدمة الاتصالات بالمغرب، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 1، أكتوبر، 2007، ص 55.

³ - عبد الرحمان الشرقاوي: العقد السياحي، مطبعة دار أبي رقرق للطباعة والنشر. الطبعة الأولى، 2012، ص 205.

الخدمة الاستهلاكي، فقد عمل المشرع المغربي على منع قيام المورد بإشهار كاذب سواء في القواعد العامة أو في القوانين الخاصة:

• ففي القواعد العامة، نجد أن أول نص يتعلق بمنع الإشهارات الكاذبة هو ظهير 5 أكتوبر 1985 المعتبر بمثابة القانون المنظم للزجر في البضائع¹، حيث نص في مادته الأولى على أنه: "يعد مرتكبا الغش عن طريق الخداع أو التزييف كل من غالط المتعاقد بوسيلة ما في جوهر أو كمية الشيء المصرح به، أو قام خرقا لأحكام هذا القانون أو النصوص المتخذة لتطبيقه، أو خلافا للأعراف المهنية والتجارية بعملية تهدف عن طريق التدليس إلى تغييرهما"، وبالرجوع للفصل 10 من نفس القانون نجده ينص على أنه: "يمنع كل إعلان مهما كان شكله يشتمل على ادعاء أو بيان أو عرض كاذب أو من شأنه أن يوقع المستهلك في الغلط بشأن أحد العناصر وجود السلع أو الخدمات وطبيعتها وتركيبها وجودتها ومحتواها من العناصر المفيدة ونوعها ومنشئها وكمية وطريقة وتاريخ صنعها وخصائصها وأثمان وشروط بيعها وشروط أو نتائج استعمالها وأساليب البيع والتسليم أو تقديم الخدمة ومدى الالتزامات وهوية أو صفة أو أهلية الصناع والباعة والمشهرين والمعلنين ومنجزي الخدمات".

• أما في القواعد الخاصة، وخاصة القانون 08-31 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، فقد جاء بمجموعة من المقتضيات الهامة التي تعزز الأمن التعاقدي للمستهلك، حيث جاء في المادة 21 من القانون أعلاه: "ودون المساس بمقتضيات المادتين 2 و 67 من القانون 03-77 المتعلق بالاتصال السمعي البصري يمنع كل إشهار يتضمن بأي شكل من الأشكال ادعاء أو بيانا أو عرضا كاذبا.

كما يمنع كل إشهار من شأنه أن يوقع في الغلط بأي وجه من الوجوه إذا كان ذلك يتعلق بواحد أو أكثر من العناصر التالية، حقيقة وجود السلع أو المنتجات أو الخدمات محل الإشهار وطبيعتها وتركيباتها ومميزاتها الأساسية ... وسعرها

¹ - للمزيد من المعلومات حول هذا القانون، يراجع بوعبيد عباسي: مرجع سابق، ص 143.

وتعريفاتها وكذا شروط تقديم الخدمات ونطاق التزامات المعلن وهوية الصانع والباعة والمنعشين ومقدمي الخدمات أو صفتهم.....".

كما نصت المادة 24 أيضا على احترام المورد لمجموعة من الضوابط لما يكون الإشهار عبر دعامة البريد الالكتروني، حيث ألزمه المشرع بضرورة:

- تقديم معلومات واضحة ومفهومة حول التعرض في المستقبل على تلقي الإشهارات.

- تحديد وسيلة ملائمة لممارسة الحق المذكور بفعالية عن طريق البريد الالكتروني ووضعها رهن تصرف المستهلك.

كما منع المشرع من استعمال العنوان الالكتروني للغير، أو هويته أو تزييف أو إخفاء كل معلومة تمكن من تحديد مصدر الرسالة الموجهة عن طريق البريد الالكتروني، أو مسار إرسالها، وحسب مقتضيات المادة 24 فإن هذه الضوابط الإلزامية المطبقة على موردي الخدمة والمستشهرين عن طريق البريد الالكتروني، تطبق على جميع وسائل الاتصال عن بعد والمعتمدة في الممارسات الإشهارية من طرف الموردين.

ويطرح التساؤل هنا حول معنى الإشهار المضلل والكاذب، والجزاء القانوني في حالة قيام مورد الخدمة بمخالفة الأحكام التشريعية المتعلقة بالإشهار، وخاصة تلك المتعلقة بالقيام بالإشهارات المضللة.

أ- تحديد معنى الإشهار المضلل والكاذب:

يعد الكذب والخداع في الإشهار التجاري من أهم الأضرار التي تلحق بالمستهلك الطرف في العقد الاستهلاكي، خلال المرحلة السابقة على التعاقد، لذلك فإنه فضلا عن مواجهة القانون المدني للتدليس، باعتبار أن الكذب صورة من صورته، فقد عمد أيضا القانون الجنائي إلى مواجهة نفس الصورة لكن في إطار آخر، أي في إطار التجريم الجنائي، كل ذلك رغم التسليم بما هو متفق عليه، من جواز اتسام الإعلان التجاري

بشيء من المبالغة والتهويل، وهو الواقع الذي يفرض نفسه حتى أن يكون هناك حد فاصل بين الكذب والخداع من جانب، وبين هذه المبالغة وذلك التهويل من جانب آخر¹. وقد اختلفت التعريفات الفقهية والقانونية للإشهار المضلل والكاذب، فهناك من يجمع بين الإشهار المضلل والإشهار الكاذب، وهناك من يفصل بينهما، حيث هناك من عرف الإشهار التجاري الكاذب بأنه: "ذلك الإعلان الذي يتضمن بيانات غير حقيقية بشكل يعرض المخاطبين به إلى الخداع"²، كما عرف كذلك بأنه "ذلك الإعلان الذي يتم بأية وسيلة كانت ويتناول سلعة أو خدمة أو يتضمن عرضاً أو بياناً أو ادعاءً كاذباً أو مصوغاً بعبارات، من شأنها أن تؤدي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى خداع أو تضليل المستهلك"³.

فيما عرف الإشهار المضلل هو "ذلك الإعلان الذي يؤدي إلى خداع المستهلك من خلال تكوين انطباع غير حقيقي وهمي عن المنتجات أو الخدمات، حيث تكون عباراته بأساليب مبهمة تثير اللبس والغموض، وتؤدي إلى تضليل المستهلك ووقوعه في الغلط وهو لا يذكر فيه بيانات كاذبة، لذلك يعتبر الإعلان المضلل نوعاً وسطاً بين الإعلان الصادق والإعلان الكاذب"⁴.

بالرجوع إلى القانون المغربي، وخاصة المادة 21 من القانون 31-08 نجده كذلك قد حظر الإشهار الكاذب وكذا الإشهار المضلل، وأي إشهار من شأنه أن يحدث غلطا لدى المستهلك، ولم يحدث أية تمايز بينهما.

وهو نفس التوجه الذي سلكه المشرع الفرنسي في مدونة الاستهلاك، وخاصة في المادة L121/1 منها، لما حظر الممارسات التجارية المضللة⁵ والتي نصت على أنه:

¹ - عمر عبد الباقي: مرجع سابق، ص 126، وكذلك الصغير محمد مهدي: قانون حماية المستهلك دراسة تحليلية مقارنة، مطبعة دار الجامعة الجديدة، سنة 2015، ص 178.

² - أبو العلا علي أبو العلا النمر: نحو تعزيز حماية المستهلك في مواجهة انهيار الحدود الجغرافية للإعلام، بحث مقدم لمؤتمر الإعلام والقانون، المؤتمر العلمي الثاني بكلية الحقوق، جامعة حلوان 14-15 مارس، 1999، ص 336.

³ - المادة 1 من قانون حماية المستهلك السوري.

⁴ - سارة وجدي عبده، الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان، مطبعة دار الجامعة الجديدة. 2020، ص 143.

⁵ - Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes:

1-lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent;

"يحظر كل إعلان يتضمن بآية صورة كانت مزاعم أو إشارات أو عروض زائفة أو من طبيعة تؤدي إلى الوقوع في الغلط، متى وردت على واحد أو أكثر من العناصر التالية...."، هذه الصياغة أدت إلى استخلاص كل من الفقه والقضاء لصورتين من الخداع الإشهاري وهما الإشهار المضلل والإشهار الكاذب.

ومن التطبيقات القضائية للإشهارات المضللة في القضاء الفرنسي في عقود الاستهلاك الخدماتية، تلك القضية المتعلقة بعقد خدمة الولوج إلى الشبكة، حيث إن هناك التزام مهم على مقدم خدمة الولوج إلى الشبكة تجاه المشترك، إذ يتوجب على المورد ضمان استمرارية الاتصال، وقد طرحت عدة قضايا أمام القضاء الفرنسي بهذا الخصوص والمتعلقة بضمان استمرارية الاتصال، كما هو الحال في القضية التي رفعت سنة 2000 أمام محكمة Nanterre حيث قامت جمعية المستهلكين بفرنسا برفع دعوى أمام هذه الأخيرة، فذهبت المحكمة إلى أنه مادام أن الشركة الفرنسية للاتصالات قدمت عرضاً لخدمة الولوج إلى الشبكة وتعهدت بضمان اتصال مستمر للجمهور، كما ذكرت في العرض أن خاصية استمرارية الاتصال والربط يشكل أهم خدمة يميز هذه الشركة عن باقي الشركات، وبالتالي فإن عدم وفاء الشركة بهذا الالتزام (استمرارية الاتصال والربط)، يشكل عملاً غير مشروع وإعلاناً خادعاً، وقد تم تأييد هذا الحكم من طرف محكمة الاستئناف بفرساي بتاريخ 14 مارس 2001، كما تم تأييد هذا القرار من طرف محكمة النقض بتاريخ 09 مارس 2004¹.

2-lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants:

- a/ l'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou service.
- b/ les caractéristiques essentielles du bien ou de service.
- c/le prix ou le mode de calcul de prix.

¹- Tenant au non-respect des promesses publicitaires et de contrat conclus à la suite de la publicité litigieuse(.....) qu'il en est résulté un préjudice pour l'ensemble des souscripteurs des contrats dits " forfait illimité" qui sont induit en erreur par la publicité incriminée", Cass.1 er civ 9 mars 2004. Dalloz, 2004.n°24 p.1727.

ومن أمثلة الإشهارات المضللة، نجد مثلاً أنه قد يجد المستهلك لوحة إشهارية في الشارع مكتوب عليها بالخط العريض "تمتع باتصال منخفض مع شركة الدقيقة ثلاثة قروش، وبخط صغير جداً لا يكاد يرى يكتب فيه بعد الدقيقة الثالثة"¹.

ولا جرم أن هذا تضليل واضح وجريء على المستهلك، وإعلان خادع يجب أن تطبق عليه القوانين الجنائية المتضمنة في قانون الاستهلاك، فضلاً عن القوانين المدنية، ويرى البعض أنه لا يجب أن يتقيد بالحواشي التي يحيل إليها المورد للمستهلك، والتي يكتب عليها بخط صغير لتضليل المستهلك، وكذلك مختلف الحالات الغامضة ليعامل المضلل بنقيض قصده، فالواجب الوضوح في الإعلان لحماية المستهلك من تضليل مقدمي الخدمة.

ونظراً لأهمية العقود الاستهلاكية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وحاجة المستهلك الخدمة للأمن التعاقدية، من خلال حماية إرادته في التعاقد، فقد أصبح الإشهار الكاذب والمضلل يرتب جزاء جنائياً، وهو ما سعى إليه المشرع نحو كفالة قدر من الحماية للمستهلك في مواجهة الإعلانات الخادعة والمضللة، وذلك باعتبارها وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة، تحقق من التأثير النفسي والذهني على المستهلك، بقصد تحفيزه على شراء الخدمة.

وجدير بالذكر أن موضوع الكذب والتضليل في الإشهار الكاذب، يجب أن يتمثل في أحد العناصر الذاتية أو الخارجية للخدمة²، وغالباً ما يجب أن تتمثل هذه العناصر في العناصر المتعلقة بجوهر السلعة كنوع من الخدمة، ومكان تقديمها ومحاذير استخدامها وصفاتها الجوهرية، سواء انصبت على نوعيتها أو الفوائد من استخدامها، بما في ذلك شروط وإجراءات التعاقد، وخدمة ما بعد البيع والضمان والثمن وكيفية سداده وجهة تقديم الخدمة³.

¹ - فؤاد الشعيبي: مرجع سابق، ص 235.

² - الصغير محمد مهدي: قانون حماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 182.

³ - أحمد السعيد الزقرد: الحماية المدنية من الدعاية الكاذبة والمضللة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص 105.

ويلزم لقيام الكذب والتضليل في الإعلان التجاري عنصرين، وهما عنصر مادي وعنصر معنوي:

فالعنصر المادي يتمثل في أنه يلزم أن يصدر عن المعلن سلوك خادع، يتمثل في إشهار كاذب لخدمة، ويتضمن عرضاً أو بياناً أو ادعاءً كاذباً، وبطبيعة الحال عبارة تؤدي إلى الوقوع في الغلط، وهذا السلوك الخادع يكون بفعل إيجابي، كأن يدعي المورد المعلن أن الخدمة حاصلة على شهادات الجودة العالية، وهي في الحقيقة غير حاصلة على شهادة الجودة أصلاً... كما أنه قد يكون بسلوك سلبي كأن يمتنع المعلن المورد في إعلانه عن ذكر بيان جوهري في الخدمة، كقدرة الصبيب في خدمة الاتصالات لعرض تجاري وتركيزها على الثمن المنخفض، متى كان لهذا البيان دور مؤثر على إقدام المستهلك تجاه الخدمة، ويؤكد ذلك التوجيه الأوروبي الصادر في 10 شتنبر 1984¹، فماذا عن العنصر المعنوي؟.

انصرف الفقه والقضاء في تحديد العنصر المعنوي للكذب والتضليل في الإشهار التجاري الكاذب، إلى معنى أن يكون المعلن سيء النية في سلوكه الإعلاني أي قاصداً خداعاً وتضليلاً الجمهور².

ولكن في رأينا أن العنصر المعنوي للكذب والتضليل في الإعلان التجاري معنى خاص، يجب أن يراعى فيه فلسفة قانون حماية المستهلك، التي تهدف إلى حماية هذا الأخير من منطلق حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وكذا حماية النظام العام الاقتصادي، بمعنى أنه ليس سوء النية هو قصد تضليل أو خداع المستهلك، بل هو مجرد العلم أن من شأن السلوك الإعلاني خداعاً وتضليلاً للمستهلك، حيث إن توفير الأمان بمعناه الشامل تحقيق مقومات الحد الأدنى من الحياة الكريمة للمستهلك، يوجب على المعلن احترام كافة الحقوق المقررة للمستهلك قانوناً.

¹ - نصت المادة 3 من التوجيه الأوروبي لسنة 10 شتنبر 1984 على أن: " الإعلان المضلل يقع عن طريق إغفال إحدى الخصائص الجوهرية للسلعة محل الإعلان".

² - CALAIS Auloy (J) et Steinmetz (FRANK), droit de la consommation, Dalloz, 5^{ème} édition, 2006, p25.

وباعتماد هذا التوجه (عدم اعتماد القصد)، سيجعل المعلن أكثر حرصا وحذرا فيما يصدر عنه من سلوكيات إشهارية، بحيث لا يمس بها (السلوكيات الإشهارية) عن عمد أو بدون عمد حقوق المستهلك الأساسية.

كما أن مستهلك الخدمة يتحقق له في ظل هذا الحظر بصرف النظر عما إذا كان المورد المهني والمعلن قد قصد الإضرار بالمستهلك، أم غير قاصدين تحقيق ذلك، أي سواء كانت سوء النية أم لا.

وحيث أن سوء النية أو قصد الإضرار في حالة إثباتها في رأينا يجب أن تعتمد كآلية لتشديد مسؤولية المعلن وليس أساس لقيامها، وباعتماد هذا التوجه سنضمن حق المستهلك في المعرفة المستنيرة بالخدمة محل التعاقد الاستهلاكي، ومن شأن ذلك خلق انطباع الأمن والثقة في التعاقد، ومحاربة الانطباعات غير الحقيقية والتضليلية.

وهكذا أصبح في القانون المغربي، وخاصة منظومة قانون العقود "الإشهار الكاذب والمضلل" جريمة، أو بالأحرى جنحة مستقلة عن قواعد المسؤولية المدنية¹، حيث ذهب على غرار توجه المشرع الفرنسي الذي أنشأ هذه الجنحة بمقتضى قانون 02 يونيو 1963، ثم قام باستبدال هذا النص بمقتضى قانون 27 دجنبر 1973، وأخير بصدر قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، مروراً بالتعديلات التي عرفها تقنين الاستهلاك مع قانون شاتل (loi chatel) رقم 2008/3، واستحداث المواد (122/11) إلى (122/15) وهي مواد جديدة لم يكن لها وجود قبل يناير 2008، هذه المواد التي جاءت لتحقيق التناغم والتلاؤم بين تقنين الاستهلاك الفرنسي، وأحكام التوجيه الأوروبي الخاص بالممارسات التجارية غير النزيهة.

¹ - حيث بصدر مجموعة من القوانين التي جعلت من الإشهار المضلل والكاذب جنحة، وخاصة قوانين الاستهلاك تم إنهاء النقاشات الفقهية التي كانت تبحث عن أساس مسؤولية المعلن الخادع تجاه المتعاقد الآخر الضعيف، ومنهم من كان يقول بقيام المسؤولية من خلال التمسك بأثر التدليس، باعتبار أن التدليس سبب لبطلان العقد، أو على أساس المسؤولية العقدية باعتبار أن المعلن المضلل قد أخل بالتزاماته التعاقدية.

-Raymond,(G), droit de la consommation , op.cit.p104.

- يراجع أيضا: محمد المرسي زهرة: حماية المستهلك في مجال بيع المباني تحت الانشاء، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر حماية المستهلك في القانون، دار الشريعة المنعقد في بورسعيد في الفترة من 29 أبريل حتى 3 ماي 1995، ص 86.

ومن الأمور المستحدثة في تقنين الاستهلاك الفرنسي فيما يتعلق بالممارسات التجارية الاستفزازية، ما أورده المشرع بنص المادة (L122/15) من النص صراحة على الجزاء المدني المترتب على استخدام المهني لأي من تلك الممارسات الاستفزازية، حيث نص على قابلية العقد للإبطال نتيجة استعمال أية وسيلة من تلك الوسائل الاستفزازية (الإشهار المضلل أو الكاذب).

فبإمكان المستهلك أن يطلب إبطال العقد دون الرجوع إلى القواعد العامة للعقد، والتمسك بأحد عيوب الإرادة، إذا انعقد العقد بسبب استعمال وسيلة من الوسائل الاستفزازية وفقا لأحكام المادة L122/11 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، إلا أنه يكلف المستهلك بإثبات ذلك¹، ما دام أنه ليس هناك ما يقلب عبئ الإثبات في القانون الخاص (قانون الاستهلاك) وبمختلف طرق الإثبات²، وهو صعب على المستهلك الطرف الضعيف، ولعل ذلك ما جعل الفقيه RAYMOND³ يرى أنه من الصعوبات التي تواجه التنظيم المستحدث للممارسات التجارية الاستفزازية، إلقاء عبئ إثبات الركن المادي لهذه المخالفة على عاتق المستهلك، وهو ما يعيق استفادة المستهلك من مقتضى تجريم المشرع المغربي للإشهارات الكاذبة والمضللة، وخاصة في عقود الخدمات والتي أصبحت مرتعا للإشهارات، وهذا يؤثر على الأمن التعاقدي للمستهلك.

ومن الأمور المستحدثة في تقنين الاستهلاك الفرنسي فيما يتعلق بالممارسات التجارية الاستفزازية، ما أورده المشرع الفرنسي بنص المادة (L122/15) بالنص صراحة على الجزاء المدني المترتب على استخدام المهني لأي من تلك الممارسات الاستفزازية، حيث نص المشرع على قابلية العقد للإبطال نتيجة إثبات استعمال أية وسيلة من الوسائل، فإمكان المستهلك أن يطلب إبطال العقد دون الرجوع إلى القواعد العامة للعقد والتمسك بأحد عيوب الإرادة إذا تم العقد كأثر لاستعمال وسيلة من الوسائل

¹ -Calais. Auloy.(J), et Temple.(H) : droit de la consommation. Dalloz, 8^e édition, 2010, P.19.

² - يراجع: قانون الالتزامات والعقود المغربي وخاصة المواد من 401 إلى 404.

³ - Rymond. (G), art, prec, , p.23.

الاستفزازية وفقا لأحكام المادة L155/11 من تقنين الاستهلاك وإنما يكلف المستهلك بإثبات ذلك¹.

ونظرا لتأثير الإشهارات المضللة والكاذبة على عملية التعاقد، والتي قد تؤدي بالمستهلك إلى التسرع في إبرام العقد، لذلك كانت الحاجة ماسة لمزيد من الحماية لإرادة المستهلك، بإقرار آلية تعالج هذا التسرع من خلال منح المستهلك المتعاقد حق الرجوع في التعاقد.

إذن ما معنى حق الرجوع في التعاقد الاستهلاكي؟ وما هي الفرص الحمائية التي يوفرها للمستهلك الطرف في عقد الخدمة الاستهلاكي؟.

المبحث الثاني: التدرج في إبرام عقد الخدمة الاستهلاكي

تتصف غالبية العقود التي يبرمها المستهلك بالتسرع الذي لا يستطيع معه التروي والتأني قبل اتخاذ قراره النهائي في إبرام العقد، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى النص على إعطاء المستهلك مهلة زمنية محددة، ليعيد النظر في قراره بالتعاقد وهذا هو المقصود بحق العدول.

والحق في العدول آلية قانونية سنّها المشرع لحماية المستهلك، وهي ضمانّة من الضمانات التي تساهم في تحقيق الأمن التعاقدّي، من خلال تقوية حق اختيار المستهلك للسلعة أو الخدمة، حيث يتعاقد عن بيئة وتبصر، كما أنها تشكل فرصة للتراجع عن العقد إذا ما كان قد تعاقد في ظروف لم تكن في صالحه، وهي آلية كذلك ممنوحة إلى المستهلك للاستفادة منها وتفعيلها داخل أجل قانوني محدد تحت طائلة أن يصبح العقد ناجزا لمرور هذه المدة.

ولقد وضعت هذه الآلية لسد حاجيات فرضتها الضرورة الاقتصادية والاجتماعية كمكونين لصياغة كل قاعدة قانونية فعالة.

¹- Calais Auloy.(J) et Temple. (H),op.cit,p.157.

ولعل إعطاء أحد المتعاقدين وهو المستهلك الحق في العدول عن التعاقد أمر ينطوي على خطورة كبيرة بما يشكله ذلك من انتهاك لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وعليه لا بد من تحديد مفهوم العدول تحديدا دقيقا لضمان إعماله في النطاق الذي حدده المشرع، وعدم مجاوزة ذلك النطاق وإلا ترتبت عليه نتائج خطيرة تزعزع الثقة بالتعاقد، ومن ثم فإننا نسعى من خلال هذا المبحث إلى مقارنة هذه الآلية القانونية الجديدة من حيث بنائها الذاتي وصولا إلى أثر تفعيل حق العدول على الأمن التعاقدي في عقود الخدمات، حيث سنتناول (في المطلب الأول) تكريس حق الرجوع كآلية لتعزيز الأمن التعاقدي للمستهلك على أن نتولى دراسة نطاق العقود الاستهلاكية المشمولة بممارسة حق الرجوع (في المطلب الثاني).

المطلب الأول: تكريس حق الرجوع كآلية لتعزيز الأمن التعاقدي

من المعلوم أن الإنسان يستعجل عادة إلى إبرام العقود، نظرا لحاجته للخدمة أو السلعة، دون أن يمنح نفسه فرصة للتفكير أو التأمل في مدى حاجته لهذا العقد، ومدى قدرته على الوفاء بما يفرضه عليه من التزامات وأعباء مالية، ومن أجل ذلك كان واجبا على المشرع التدخل لحماية المتعاقد خاصة كمستهلك من خلال خلق حلول تشريعية وقانونية وفنية مناسبة⁽¹⁾.

وقد كان الفقه الإسلامي أسبق تدخلا وأكثر شمولاً في هذا الشأن، وذلك من خلال إقرار العديد من الحلول العملية، والنظريات الفقهية وعلى رأسها نظرية الخيارات بتطبيقاتها المتعددة لعل أهمها خيار الرؤية، وخيار العيب.

ونظرا للمركز الاقتصادي القوي الذي يتمتع به المورد، وآليات الدعاية القوية التي يمتلكها والتي يعجز عن مقاومتها المستهلك، نجد هذا الأخير يرضخ وبسرعة لإبرام عقود لا يقوى على أثارها، ويتعاقد على سلع أو منتجات أو خدمات بشكل غير منصف وغير عادل، ولاشك أن هذا يمثل إخلالا بالمساواة بين المتعاقدين، وكذلك يبرر مخاطر

¹ - مصطفى محمد الجمل، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت 2002، ص 210.

مبدأ الحرية التعاقدية على الطرف الضعيف في العقد، فكان التدخل واجبا على المشرع من بوابة قوانين حماية المستهلك، لإقرار آلية حق الرجوع لتحقيق التوازن بين طرفي عقود الاستهلاك، هذا الحق أو الآلية الذي يطرح تساؤلات حول مفهومه (الفقرة الأولى) وضوابط ممارسته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم حق الرجوع

لمقاربة مفهوم حق الرجوع كآلية تعاقدية ممنوحة للمستهلك كأحد حقوقه الأساسية في التعاقد الاستهلاكي سنتطرق (أولا) لتعريفه، ثم سنتناول مبررات تكريسه في عقود الخدمات الاستهلاكية (ثانيا).

أولا: تعريف حق الرجوع.

بالرجوع إلى القانون المغربي وكذا القوانين المقارنة، خاصة منها القانون الفرنسي والمصري نجدها قد سكتت عن تعريف حق الرجوع، وبقي ذلك متروكا للفقه والقضاء⁽¹⁾.

وعلى الرغم من ذلك، أورد مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري تعريف لحق المستهلك في العدول حيث نصت المادة 19 من المشروع⁽²⁾ أن العدول هو: "حق يجيز للمستهلك أن يفسح العقد المبرم إلكترونيا خلال خمسة عشر يوما التالية على تاريخ تسلمه السلعة أو من تاريخ التعاقد على تقديم الخدمة وذلك دون حاجة إلى تقديم أية مبررات".

أما عن موقف الفقه، فقد تعددت تعاريف الفقه للرجوع سواء على المستوى العربي أو الغربي، ومن هذه التعاريف ما يتناول حق العدول بصفة عامة، وهو الحق الممنوح لكل من طرفي العقد، ومنها من منح حق العدول للمشتري في عقد البيع، وأخيرا من

¹ - هناك من التشريعات وخاصة العربية التي تطلق عليه حق العدول مثل قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، رقم 83 لسنة 2000، وقانون حماية المستهلك اللبناني رقم 259، لسنة 2005.

² - هذا المشروع تم إعداده سنة 2001 بشأن التجارة الإلكترونية، إلا أنه لازال لم يدخل حيز التطبيق إلى حدود هذا التاريخ.

أعطى حق العدول للمستهلك⁽¹⁾، وما يهمننا هنا، هو التعاريف المعالجة في ضوء قوانين وفلسفة حماية المستهلك.

وهكذا يعرفه مجموعة من الفقهاء العرب بأنه: "وسيلة بمقتضاها يسمح المشرع للمستهلك بأن يعيد النظر من جديد، ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به مسبقاً"⁽²⁾، بينما عرفه آخر بأنه "منح المستهلك الحق في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة، خلال مهلة معينة من استلام السلعة أو إبرام العقد بالنسبة للخدمة دون إبداء أي مبررات"⁽³⁾.

وبالرجوع إلى هذين التعريفين نجدهما قد قصر حق العدول أو الرجوع على المستهلك فقط، دون طرف العقد الآخر (المحترف).

كما تم تقرير حق العدول للمستهلك في السلع والخدمات، فالمستهلك يمارسه دون إبداء أسباب أو مبررات، متوافقاً بذلك مع التشريعات والتوجيهات الأوروبية المعيشة بحماية المستهلك، كما أن هذا التعريف أشار إلى مهلة العدول.

ويذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن حق العدول هو: "القدرة التي تسمح للمستهلك الذي عبر عن قراره بإبرام العقد، بأن تكون له الإمكانية للرجوع في موافقته وسحب تلك الموافقة، أو الانسحاب بشكل أحادي الجانب وبشكل تقديري في العقد، وبذلك يكون الاتفاق قد تم إلغاؤه"⁽⁴⁾ وبمعنى آخر بأن حق المستهلك في العدول عن العقد هو حق حديث النشأة، وأنه يعد وسيلة مبتكرة لحمايته من خلال السماح له بالتعبير عن إرادتين

¹ - للتوسع في هذا الإطار، يمكن الرجوع إلى سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد: دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والمغربي واللبناني والتونسي والتوجيهات الأوروبية مطبوعة دار الجامعة الجديدة 2018، ص 45 إلى ص 50. يراجع أيضاً، أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة 1994، ص 83، والذي عرف حق العدول الممنوح لطرفي العقد بأنه سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر.

² - سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص 321.

³ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، 2018، ص 620.

⁴ - Fabre-Magnan.(M), droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral, PUF, 2008. p. 206-207.

متعاقبتين ولكنهما متعارضتان، وذلك بهدف تلافي النتائج السلبية التي تنعكس عليه بسبب تسرعه في التعاقد⁽¹⁾.

ومن خلال هذا العرض التعريفي لحق رجوع المستهلك، فإنه يمكننا تعريف حق الرجوع بأنه: " رخصة قانونية يتمتع بها المستهلك بصفته هاته، للرجوع في تعاقد الاستهلاكي بإرادة منفردة وبمحض إرادته، بعد إبرام العقد وأصبح ناجزا وتاما"، وهو خروج عن الأصل الذي يقرر أن العقد شريعة المتعاقدين، والذي لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

ومهلة الرجوع نوعان: مهلة تفكير تسبق أحيانا التعاقد أي سابقة على إبرام العقد، فلا يبرم ولا يتواجد إلا بعد انقضائها، ومهلة تفكير في حالات أخرى بعد إبرام العقد وانعقاده، ولذلك فهي لا تجعلها مهلة لإبرام العقد، وإنما مهلة للرجوع فيه تسمح للمستهلك حق الرجوع في تعاقدته⁽²⁾.

وتحرص إجمالاً هذه التعاريف على جعل المستهلك محورا لها، باعتباره المستفيد وحده من هذا الحق، وذلك لمعالجة ضعفه الاقتصادي والقانوني والمعرفي، وكذلك لحمايته من تسرعه في إبرامه العقد، مما قد يكبده خسارة مالية أو يفرض عليه عبئا ماليا مرهقا أو يجبره على قبول خدمة وهو بغير حاجة فعلية إليها، ومنح المستهلك هذه الآلية القانونية يساهم بشكل كبير في توسيع وتعزيز الأمن التعاقدي، كما أنه يعطي للمستهلك فرصة التدارك، إذا كان ضحية استغلال ضعف أو جهل أو إشهار مضلل، كما أنه يعتبر امتدادا للالتزام بالإعلام الواقع على عاتق المهني، والذي يوجب على هذا الأخير إعلام المستهلك بحق الرجوع.

ونظرا لأهمية تفعيل حق المستهلك في الرجوع باعتباره آلية وقائية لإرادة المستهلك، فقد ذهبت محكمة العدل المجموعة الأوروبية (CJCE) لها في قضية

¹ - Bosco (D): Le droit de rétractation d'un aspect des rapports du droit de la consommation et du droit des contrats, Mémoire Dea, Aix-Marseille, 1999, p 3.

² - أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، مرجع سابق، ص 82.

هينينجر Heiningr بتاريخ 13 دجنبر 2001 أن مهلة الرجوع الممنوحة للمستهلك لا تنقضي مادام أن المهني لم يقم بإعلام المستهلك بحقه في الرجوع⁽¹⁾.

ثانيا: مبررات تكريس حق الرجوع.

ترجع حكمة تقرير حق الرجوع في إطار عقود الاستهلاك بصفة عامة، وعقود الخدمات بصفة خاصة، إلى حماية المستهلك كطرف ضعيف في العقد من سرعة وعدم ترويه في إبرام العقد، وخاصة في البيوع التي تتم عن بعد، وتلك التي تتم تحت تأثير الدعاية التجارية المكثفة التي تلاحق المستهلك، حينما كان بسبب إلحاح الدعاية للخدمات بوسائل محكمة تجذبه إلى التعاقد جذبا، وهنا يأتي دور العدول أو الرجوع كفرصة أخيرة لتخلص المستهلك من تبعات وأعباء هذا العقد الذي أبرمه متسرعاً⁽²⁾، ومن ذلك يتبين لنا أن هذا الحق قد تقرر بهدف حماية المستهلك من ضعفه الشخصي والذاتي، إضافة إلى استغلال المورد المهني لحاجة المستهلك للخدمة، وبعبارة أوضح فإن حق الرجوع يحمي مصالح وحقوق المستهلك، أكثر من سعيه لحماية إرادته ذاتها، وبهذا يستقل حق العدول عن نظرية عيوب الإرادة وعن نظرية العقد غير اللازم التي أسسها الفقه الإسلامي على نظرية الخيارات حيث تحمي هذه النظريات، رضاء المتعاقد بصفة عامة وليس فقط حمايته إزاء عدم ترويه في إبرام العقد⁽³⁾.

¹ - Le délai dont dispose le consommateur pour se rétracter ne court pas tant que le consommateur n'a pas été informé de l'existence de son droit de rétractation. Voir Jacque Natcha Sauphanar Brouillaud, traité de droit civil, Les contrats de consommation règles communes, LGDJ. p : 388.

- Dans ce sens voir aussi : Bernardeau. (L), le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. A propos de l'arrêt CJCE 13 décembre 2001, Heiningr, JCP, G, 2002.

² - مصطفى أحمد أبو عمرو: التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2016، ص 36.

³ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل: العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبوعات جامعة الكويت، 1994

- انظر أيضا سليمان براك الجميلي: الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين عدد 14، شتنبر 2005، ص 166.

وتزداد أهمية تفعيل حق رجوع المستهلك وبالتالي ضمان أمن تعاقد له في التعاقد الخدماتي مع ظاهرة التعاقد عن بعد، وتقديم الخدمات عن بعد، مع الثورة الرقمية، حيث أن هذا الحق يشكل وسيلة قانونية لحماية المستهلك، الذي لا يمكنه فعليا قبل التعاقد تجربة الخدمة التي تقدم له إلكترونيا.

بالتالي يصعب القول بتحقق العلم الكافي للمستهلك بمحل عقد الاستهلاك الذي يبرمه، مما يجعل منحه حق الرجوع ضرورة ملحة، إذا كنا نريد أن نوفر له حماية قانونية كافية وفاعلة في إطار العقود الإلكترونية⁽¹⁾.

كما أنه يضمن حق المستهلك في الرجوع وتتاح له فرصة التدبير الواعي لآثار العقد، ولا يكون العقد لازما إلا إذا لم يباشر المستهلك حقه في العدول خلال تلك المهلة، إذ يعد ذلك قرينة على رضائه بالعقد⁽²⁾، فإعمال مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه في هذه الحالة لم يعد مناسباً لظروف التعاقد الحالية وللجوانب الفنية المعقدة ولا يوفر الأمن التعاقدى للطرف الضعيف وخاصة المستهلك، ليبقى التساؤل مطروحا حول ضوابط إعمال حق الرجوع.

الفقرة الثانية: طبيعة حق الرجوع

لقد خلت التشريعات التي تأخذ بحق المستهلك في العدول عن العقد، من بيان الطبيعة القانونية للعدول عن العقد أو الرجوع فيه، مما يحتم الرجوع إلى الآراء الفقهية في هذا الصدد، وقد تعددت الآراء الفقهية في تحديد الطبيعة القانونية للحق في الرجوع في العقد بصفة عامة وفي العقد الاستهلاكي⁽³⁾، والذي يقع بإرادة المستهلك المنفردة

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مجلة المحامي، الكويت، العدد 8، يوليو-أغسطس- شتنبر 1985، ص 118.

² - مصطفى أحمد أبو عمرو: مرجع سابق، ص 38.

³ - هناك اختلاف بين فقهاء القانون حول طبيعة حق الرجوع في العقود، فمنهم من ذهب إلى أنه بيع مع إمكانية الفسخ، وهو ما يسميه البعض بعربون الرجوع، ويقصد به ذلك الاتفاق الذي يتم بين المتعاقدين على خيار الرجوع في التعاقد لأحدهما أو كليهما مقابل دفع مبلغ من المال وقت العقد يسمى عربونا، يرجع في هذا الشأن لأستاذنا الدكتور محمد شيلح: العربون في قانون الالتزامات والعقود المغربي بين دلالة التسبيق ومقابل الرجوع، أو مشكل الفصل 288 من ق.ل.ع، مجلة القانون والاقتصاد . العدد 7، الصادرة عن كلية الحقوق بفاس. ص 102. وهناك من اعتبره بالتعاقد من جانب واحد يمكن الرجوع كذلك أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، مرجع سابق، ص 124 و125.

ويعبر عن قدرته عن نقض العقد، فهناك من رأى بأن حق الرجوع من حقوق الخيار (أولاً) بينما هناك رأى بأنه رخصة (ثانياً).

أولاً: حق الرجوع من حقوق الخيار

الخيار هو مركز قانوني يخول صاحبه سلطة الاختيار بين بدائل محددة سلفاً، حيث إن الأمر يكون قبل ممارسة خيار الرجوع غير مستقر، ويبقى كذلك إلى أن يتدخل صاحب الخيار فتتضح وتستقر الأمور، فإنما أن يصبح المشتري مالكا بصفة نهائية، أو يعود المبيع مرة أخرى للبائع⁽¹⁾، ولقد أسس لثبوت الخيار وفقاً لنظرية "العقد غير اللازم" في الشريعة الإسلامية وهو عقد يقبل باتفاق الطرفين أو بطبيعته أو لحكم شرعي الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين دون أن يتوقف ذلك على رضا المتعاقد الآخر⁽²⁾، ووفقاً لهذه النظرية فإن العدول نوع من الخيارات التي تمنح للمستهلك بقوة القانون دون الحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد، فهو حسب البعض ينتمي إلى طائفة ثالثة من الحقوق التي ظهرت حديثاً ويطلق عليها الحقوق الإرادية المحضة، فلا هي حقوق شخصية أو حقوق عينية، وهي حقوق تخول صاحبها سلطات تختلف عن تلك التي تخولها الحقوق الشخصية والحقوق العينية لصاحبها، فالحق الإرادي لا يمنح صاحبه سلطة تجاه شخص آخر كما لحق الشخص أو سلطة على شيء مادي أو غير مادي كالحق العيني وإنما يمنحه سلطة مجردة⁽³⁾، ووفقاً لهذه النظرية، فإن العدول نوع من الخيارات التي تمنح للمستهلك بقوة القانون دون الحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد، وذلك على غرار خيار الرؤية الذي يمنح للمستهلك الذي لم يرى المنتج، والحكمة من العدول هي ذات الحكمة الموجودة في الخيارات بصفة عامة، وهي التآني والتروي والتفكير الهادئ قبل الارتباط نهائياً بالعقد، ومن ثم يعد التراجع القانوني نوعاً من الخيار

¹ - محمد المرسي زهرة: الحماية الحديثة للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 84.

- ينظر كذلك : سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، مرجع سابق، ص 159.

² - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، مرجع سابق، ص 144.

³ - محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية الحديثة للمستهلك التقليدي والإلكتروني، مرجع سابق، ص 366.

المقرر بقوة القانون⁽¹⁾ لي طرح التساؤل حول أسس اعتماد الآراء الفقهية على كون حق الرجوع صور لرخصة.

ثانيا: حق الرجوع رخصة

تعتبر فكرة الرخصة حديثة نسبية على الفكر القانوني، وهو الأمر الذي جعل معناها يكتنفه الغموض والإبهام حتى الآن⁽²⁾، والرخصة هي "مكنة لاستعمال حرية من الحريات العامة بسبب إذن عام من المشرع، أو هي إباحة يأذن بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة"⁽³⁾، وتقع الرخصة في مرتبة بين الحق والحرية أو الإباحة العامة.

فيكون صاحب الرخصة في وضع متميز عن غيره ممن ليس لديه رخصة، وقد تعرضت هذه النظرية للنقد، لكون الرخصة لا تعبر عن حق العدول بالمعنى الدقيق، لأن الرخصة لا يتمتع بها المتعاقد فقط، بل شاركه فيها الكافة⁽⁴⁾، بخلاف الخيار وكما يعرف في الفقه الإسلامي، فقد أسس البعض لثبوته وفقا لنظرية "العقد غير اللازم" في الشريعة الإسلامية⁽⁵⁾ المنفردة لأحد المتعاقدين، دون أن يتوقف ذلك على رضا المتعاقد الآخر، وهنا خيار الرجوع يعد تصرفا انفراديا يعبر عن قدرة ومكنة الإرادة المنفردة على العقد المبرم، دون توقف على رضا المتعاقد الآخر، فهذا الخيار يمثل الوسيلة التي من شأنها إعادة التوازن إذا ما اختل بسبب التسرع من جانب أحد المتعاقدين، الذي هنا هو المستهلك الطرف في عقد الخدمة الاستهلاكي، وهذا يعني أن لهذا الأخير (المستهلك) مكنة قانونية، لها استقلالها القانوني تمكنه من قبول العقد نهائيا وإما رفضه ويتم ذلك بمحض إرادته ومشيبته دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر⁽⁶⁾.

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، مرجع سابق، ص 35.

² - عبد العزيز المرسي، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري، مرجع سابق، ص 85.

³ - محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 86.

⁴ - سالم يوسف العمدة، مرجع سابق، ص 65.

⁵ - رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، الإسكندرية، ص 226.

⁶ - نفس المرجع، ص 264.

وكيفما كانت طبيعة حق الرجوع، فإنه يبقى الآلية المثلى الإضافية إلى جانب الالتزام بالإعلام، لحماية مستهلكي الخدمات في مرحلة إبرام العقد في حالة التسرع في التعاقد، حيث يتم إرجاء الإبرام النهائي للعقد لبعض الوقت خلال مهلة العدول، حتى تتاح له فرصة التدبر الواعي لآثار عقد الخدمة الاستهلاكي محل التعاقد، ولا يكون العقد لازماً إلا إذا لم يباشر المستهلك حقه في التراجع خلال تلك المهلة، إذ يعد ذلك قرينة على رضائه بالعقد⁽¹⁾.

وهكذا فبمنح المشرع للمستهلك مهلة للتروي قبل التعاقد *délai de réflexive* ومهلة أخرى للعدول *Délai de rétractation*، بحيث تتكامل المهلتان ويساهم ذلك في تعاقد المستهلك في جو آمن، وبإرادة متبصرة بإعمال سلطان الإرادة على إطلاقه في علاقة تعاقد غير متكافئة، وفي ظروف التعاقد الحالية المعروفة بهيمنة الجوانب التقنية المعقدة، والتي أصبحت الخدمات تتصف بها في العصر الحالي، مما أدى إلى تزايد عدم التكافؤ بين المستهلك ونظيره في المتعاقد المورد، وهو ما اقتضى إيجاد الوسيلة القانونية لجبر ضعف المستهلك، ولو من خلال الخروج المبرر على مبدأ القوة الملزمة للعقد⁽²⁾.

المطلب الثاني: الضوابط القانونية لممارسة حق الرجوع

نظراً لنجاعة حق الرجوع في العقد الاستهلاكي، كوسيلة وقائية لتوفير أمن تعاقدى للمستهلك، فإن المشرع المغربي وعلى غرار باقي التشريعات في الدول المقارنة، قد أحاطها بمجموعة من الضوابط القانونية، التي يجب التقيد بها من طرف المستهلكين، حتى يتسنى لهم الاستفادة من هذه المكنة القانونية، وخاصة ممارسة حق التراجع داخل النطاق المسموح به قانوناً، سواء من حيث نطاق العقود المشمولة بممارسة هذا الحق، أو من حيث النطاق الزمني لممارسة هذا الحق (الفقرة الأولى) وذلك حتى يرتب ممارسة المستهلك الخدمة منتجة لآثارها القانونية (الفقرة الثانية).

¹ - مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص 37.

² - أكرم محمد التيمي، التنظيم القانوني للمهني في نطاق الأعمال التجارية- دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2010، ص 67 .

-ايضا: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 118.

الفقرة الأولى: نطاق ممارسة حق الرجوع من حيث العقود الاستهلاكية

لقد وضع المشرع المغربي نطاقا محددا لممارسة حق الرجوع، من حيث العقود المشمولة بممارسة هذا الحق (أولا)، كما أنه أورد حالات استثنائية لعدم ممارسة هذا الحق (ثانيا).

أولا: العقود الاستهلاكية المشمولة بممارسة حق الرجوع

من المعلوم أن حق العدول كأحد الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد، لا يعد حقا عاما يطبق على كافة العقود، بل يخضع هذا الأمر لإرادة المشرع، وبقدر الحماية التي يريد توفيرها للمستهلك، فالعدالة العقدية تفرض أي يكون أعمال حق العدول أو التراجع في نطاق العقود التي يكون فيها المعني بالحماية في حاجة للتروي ولإعادة التفكير في قرار التعاقد، وإعادة دراسته من حيث لزومه ومناسبته لمتطلباته وظروفه ومصالحة⁽¹⁾.

فبالرجوع إلى القانون المغربي وخاصة القانون 31.08 في المادة 36 و 37 و 38 و 40 و 41 نجد أن المستفيد من هذا الحق، هو مستهلك من السلعة ومستهلك الخدمة على حد سواء هذا من حيث محل العقد.

كما أن المشرع بمقتضى القانون المغربي 31.08 نجده قد منح مستهلكي الخدمات حق التراجع عن العقد، في عدة أنواع عقود استهلاكية، وذلك إما لطبيعتها كما هو الحال بالنسبة لعقد القرض (1)، وإما بسبب تقنية التعاقد المعتمد، كما هو الحال بالنسبة لتقديم الخدمات خارج المحلات أو التعاقد عن بعد(2).

¹ - أبو بكر مهم، قراءة في مقتضيات المتعلقة بالبيع عن بعد، مجلة الدفاع الصادرة عن هيئة المحامين بسطات، العدد 6، أكتوبر 2011، عدد خاص بأشغال الندوة العلمية التي نظمتها الهيئة بشراكة مع محكمة الاستئناف بسطات ومختبر قانون الأعمال بكلية الحقوق بجامعة الحسن الأول، سطات، في موضوع، قراءة في القانون رقم 31-08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك بتاريخ 17 يونيو 2011.

1- حق التراجع في عقود القرض الاستهلاكية:

من العقود التي أحاطها التشريع المغربي الخاص بالاستهلاك، بمقتضيات تركز حق المستهلك في التراجع نجد عقود القروض الاستهلاكية¹، حيث منح للمستهلك إمكانية العدول عن التعاقد بعد مرور مدة معينة على إبرام العقد.

وتكتسي هذه إمكانية المخولة للمستهلك الطرف في عقد الخدمة الاستهلاكية أهمية كبرى، لأنها تعطيه الفرصة للتراجع عن العقد، إذا تبين له أنه لا يحقق مصلحته، وأن هناك اختلاف في الأدعاءات بينه وبين المقرض، وهذا سيسمح بالتأكيد في حالة إدراج شروط تعسفية للمستهلك أن يتراجع عن التزامه، ويختار مؤسسة أخرى تقدم له الاقتراض بتكلفة أقل وبشروط أكثر توازنا، كما يمكنه من التعاقد النهائي بعد تفكير طويل في إيجابيات وسلبيات القرض المقترح بالمقارنة مع العروض الأخرى، ومن التعاقد على بينه وتروي عن علم تام بكافة تبعات وتحملات هذا العقد⁽²⁾.

كما أن ذلك يخدم الأمن التعاقدي لمستهلكي خدمات للقرض، حيث أن منح المقرض المستهلك حق التراجع، يسهم في تحقيق حماية مصلحة جديرة بالحماية، والتي كانت من أهداف المشرع المغربي بسنه لقانون الاستهلاك، حيث بهذا المقتضى (حق التراجع) أصبحت هناك آلية للتصدي لحالة الضعف، التي عادة ما يتواجد عليها المستهلك المقرض اتجاه القرض، نظرا لطبيعة عملية القرض التي تتسم بالتعقيد والصعوبة بسبب طابعها التقني، والتي يكون من الصعب في غالب الأحيان على المستهلك العادي الإحاطة بكل تفاصيلها، بسبب الظروف التي تحيط بالالتزام من جهة، وخاصة حاجة المستهلك الملحة للقرض من جهة أخرى⁽³⁾، وإضافة إلى ذلك الأساليب

¹ - يعرف عقد القرض الاستهلاكي بأنه العقد الذي يحصل بموجبه المستهلك على قرض أو تيسيرات مالية مشابهة، وذلك وفق الأنموذج المعد لهذا الغرض والمهلة المحددة لذلك: مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص 112.

- يراجع كذلك: سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص 319.

² - الرحموني حسنة، الشروط التعسفية في عقد القرض الاستهلاكي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، اكدال، الرباط، السنة الجامعية 2011-2012، ص 312.

³ - أبو بكر مهم، مرجع سابق، ص 95.

المكتوبة التي قد يلجا إليها بعض الموردين لانتزاع رضا المستهلك، وهكذا نصت المادة 85 من قانون 31.08 على أنه: "إذا لم ينص المقرض في العرض المسبق على أنه يحتفظ لنفسه بإمكانية قبول طلب القرض المقدم من المقرض أصبح العقد تاما فور قبول هذا الأخير للعرض المسبق، غير أن للمقرض أن يتراجع عن التزامه داخل أجل سبعة أيام ابتداء من تاريخ قبوله للعرض، ولممارسة الحق في التراجع يرفق العرض المسبق باستمارة قابلة للاقتطاع⁽¹⁾."

ومن بين القوانين التي كرس حق المقرض في العدول، نجد مدونة الاستهلاك الفرنسية التي سمحت للمقرض خلال 14 يوما من قبوله للعقد أن يتراجع عن التزامه، وهي القاعدة التي اقتبسها القانون المغربي لحماية المستهلكين مع اختلاف مدة التراجع التي لا تتجاوز سبعة أيام، هذه المدة الأخيرة هي المهلة التي كانت ممنوحة للمستهلك المغربي لممارسة حقه في التراجع قبل تعديل سنة 2010، وقد تم تمديد هذه المدة بمقتضى التعديل الأخير لإعطائه وقتا إضافيا للتفكير، وتظهر أهمية هذا الحق في الرجوع "بالخصوص في حالة القرض المخصص (le crédit affecté)، وهو القرض الذي يتوقف منحه على اقتناء منتج أو خدمة، نظرا لإقبال المستهلكين المتزايد على هذا النوع من القروض⁽²⁾."

ومن بين التدابير المهمة التي وضعها القانون المغربي من أجل ممارسة سليمة لحق المستهلك في التراجع في عقد القرض، منع تلقي أي أداء أو نقود من المقرضين المقرضين أو من المقرضين إلى المقرضين كيفما كان شكلها، طالما أن العقد لم يبرم بشكل نهائي، حيث نصت المادة 87 من قانون 31.08 على ما يلي: "لا يمكن ما لم يتم إبرام عقد القرض بصورة نهائية أن يؤدي أي مبلغ بأي تشكّل من الأشكال، وبأية كيفية كانت من لدى المقرض، ولا يجوز للمقرض كذلك داخل أجل التراجع المنصوص عليه في المادة 85 أن يقوم بأي إيداع برسم العملية المعنية لفائدة المقرض أو

¹ - أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، مرجع سابق 96.

² - الرحموني حسنة، مرجع سابق، ص 312.

- Voir aussi Calais Auloy. (J), steinmetz.(F). Droit de consommation, 2003, 6^{ème} édition, 2003, p 96.

لحسابه، ويستهدف هذا المنع اتخاذ قرار العدول بكل حرية من طرف المستهلك الطرف في عقد القرض الاستهلاكي، أو القرض المخصص، ولو كان ذا طابع نفسي من طرف المورد (البنك) لجعل المستهلكين يلجؤون إلى إتمام إجراءات العقد، لشرعهم في إعطاء تسبيقات أو أداءات مالية وعدم استعمال حقهم في التراجع لخوفهم من ضياع هذه المبالغ⁽¹⁾.

كما أحاط المشرع المغربي مهلة العدول في عقد القرض بضمانات أخرى، قصد السماح للمستهلك بممارستها بكل حرية، حيث لم يرتب على قيام المستهلك بممارسة حقه في التراجع في عقد القرض أي تقييد في سجل معين، وهذه الآلية تمكن المستهلك من ممارسة حقه في الرجوع بكل حرية دون خوف من عدم الحصول على أي تمويل أو قروض في المستقبل وهي آلية مقتبسة من التشريع الفرنسي⁽²⁾.

ولتمكين المستهلك من ممارسة حقه في الرجوع على المورد المقترض، فإنه يجب أن يكون العرض المسبق الصادر عن المقرض، مصحوبا باستمارة قابلة للاقتطاع، حيث نصت المادة 85 من القانون 31.08 على أنه: "وللممارسة الحق في التراجع يرفق العرض المسبق باستمارة قابلة للاقتطاع"، بحيث لا يكون للمقترض الراغب في ممارسة حقه في الرجوع سوى ملئ المطبوع وإيداع مقابل وصل يعمل طابع وتوقيع المقرض⁽³⁾.

ونظرا للتطور الهائل الذي عرفه مجال التعاقد، وظهور أساليب جديدة له وطرق توزيع تؤثر بشكل كبير على رضا المستهلك الطرف في عقد الخدمة الاستهلاكي، وتدفعه إلى التعاقد بشكل متسرع، فقد كرس المشرع المغربي حق مستهلكي الخدمات في هذه العقود حق الرجوع، كما هو الحال بالنسبة للعقود الاستهلاكية المبرمة لتقديم الخدمات والمبرمة عن بعد (أ) أو كذلك التي يتم فيها انتقال الموردين خارج المحلات (ب).

¹ - الفقرة الثالثة من المادة 85 من قانون 31.08.

² - Teyssié-Isabelle, information et protection des consommateurs dans le domaine de certains opérations de crédit, Juriss Classeur. édition techniques,,1991, p 20.

³ - أبو بكر مهم، مرجع سابق، ص 99.

2- عقود الخدمات الاستهلاكية المبرمة عن بعد

تمنح غالبية التشريعات المنظمة للتعاقد عن بعد أو عقود المسافة الحق للمستهلك في العدول، في كل عقود البيع وتقديم الخدمات التي تبرم بوسيلة من وسائل الاتصال عن بعد⁽¹⁾، ومن بينها القانون المغربي خاصة في القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك حيث نصت المادة 36 منه على أنه "للمستهلك أجل:

- سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع
- ثلاثين يوما لممارسة حقه في التراجع في حالة ما لم يف المورد بالتزامه بالتأكد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و32".

وعقود الخدمات المبرمة عن بعد هي العقود المبرمة باستعمال تقنية الاتصال عن بعد، وهي كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين المورد والمستهلك بدون حضورهما الشخصي وفي آن واحد⁽²⁾.

كما عرفت المادة 1/2 من التوجيهية الأوروبية رقم 7 لسنة 1997⁽³⁾: بأنه كل عقد مبرم عن بعد يرد على أموال أو خدمات، يبرم عن بعد بين مقدم الخدمة والمستهلك في إطار نظام البيع أو تقديم الخدمات، الذي يضعه المهني والذي يستخدم فيه وسيلة أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد منذ إبرام العقد حتى تنفيذه، ويعرف بعض الفقه العربي والفرنسي التعاقد عن بعد "بأنه كل عقد أبرم بوسيلة، لا تستلزم الحضور الشخصي أو الجسدي للمتعاقد مقدم الخدمة والمستهلك وهي في الغالب وسائط إلكترونية⁽⁴⁾.

¹ - Geoffray.(Brunaux), le contrat à distance au XXIe siècle, Paris, LGDJ, 2010, p 28.

² - المادة 25 من قانون 31.08 المتعلق بتحديد حماية المستهلك المغربي.

³ - Au fins de la présente directive, on entend par :

- Contrat à distance : tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de service à distance organisé par le fournisseur, qui pour ce contrat utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communications à distance jusqu'à la conclusion du contrat. Y compris la conclusion du contrat elle-même... ».

- وهو نفس التعريف الذي اعتمدته التوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2011 المتعلق بالعقود المبرمة عن بعد.

⁴ - يمكن الرجوع في هذا الصدد إلى:

والملاحظ على هذه التعاريف السابقة، أنها لم تقتصر على بيع السلع وإنما شملت عقود توريد الخدمات.

وتتعدد الوسائل المستخدمة في إبرام عقود الخدمات الاستهلاكية عن بعد، فمن أمثلتها التليفون والفاكس والتلكس، ومن أشهرها التعاقد عن طريق الانترنت حيث يعد العقد الإلكتروني هو الأكثر شيوعاً واستخداماً في الحياة العملية⁽¹⁾.

وإذا كانت عقود الخدمات الاستهلاكية المبرمة عن بعد، تجنب المستهلك مشاق الانتقال إلى المحلات التجارية، وما يستتبع ذلك من نفقات ومصاريف، إلا أنها تبرم عن بعد في عالم افتراضي، وفي عدم وجود مادي بين طرفي العقد (المستهلك والمورد)، وحرصاً من التشريعات على ضمان الأمن التعاقد في هذا النوع من التعاقدات ولتفادي أن يترتب عنه (العقد الإلكتروني) وقوع المستهلك ضحية الدعاية المضللة، أو الخادمة والتسرع في التعاقد، الذي يتسم به العقد الإلكتروني⁽²⁾، فقد تدخل المشرع وقرر حق الرجوع في العقود المبرمة عن بعد، لحمايته من كل أشكال التلاعب أو التغرير أو الخداع من قبل المورد⁽³⁾.

- عبد الحميد أخريف، عقود الاستهلاك، البيع في الموطن، التعاقد عن بعد، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مطبعة أميمة، فاس المغرب، 2006، ص 28.

- محمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق ص 853

- وكذلك سامح عبد الواحد التهامي المرجع السابق، ص 241، 242. العقد الفرنسي يرجع:

- Paissant (G), la loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le télé-achat, JCP, éd, G, 1988-I- Doct n° 3350, p 8.

¹ - لمزيد من الاطلاع حول مفهوم العقد الإلكتروني، يمكن الرجوع إلى: المختار أحمد عطار، العقد الإلكتروني، مطبعة النجاح الجديدة، 2010، من الصفحة 13 إلى الصفحة 76.

- يمكن الرجوع كذلك إلى مقتضيات القانون 53-05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.129 صادر في 30 نونبر 2007 الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007.

- كذلك يرجع إلى مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الأنترنت، بحث منشور بمجلة روح القوانين، جامعة طنطا، كلية الحقوق، العدد 45، أبريل 2008، ص 27.

² - فالقبول في العقد الإلكتروني يتم بمجرد النقر على المكان المخصص لذلك على الحاسوب على صفحة الفيس "الموافقة على العرض" أو Valider وبمجرد توصل مورد الخدمة المتعاقد بالقبول يشعر المتعاقد المستهلك بقبول هذا العرض بطريقة إلكترونية، وذلك من باب تأكيد التعاقد.

³ - إبراهيم أحمد سعود زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2006، ص 55.

كما أن تقرير منح المستهلك الطرف في عقد الخدمة الاستهلاكي المبرم عن بعد، يأتي استجابة للمطالب الفقهية المتشعبة بروح ثقافة حماية المستهلك، والداعية إلى التخلص من المفهوم الإرادي المغالى فيه، والناجم عن مذهب استقلالية الإرادة، فالإرادة عاجزة عن توليد تعهد إلزامي نهائي قبل انقضاء مهلة معينة.

ومما يجب التنبيه إليه أن أي تنفيذ للعقد ممنوع قبل انقضاء مهلة الرجوع، ويمكن القول بأن العقد ليس في الحقيقة إلزاميا، إلا ابتداء من الآونة التي يمكن أن يكون فيها قابلا للتنفيذ، وتتحصر مهلة الرجوع عند ذلك في تأخير هذه الآونة⁽¹⁾، أو أن هناك فرقا بين تكوين العقد وفعاليته فتوافق الإرادتين يؤدي إلى انعقاد العقد، ولكن حماية للمستهلك وضمانا لأمنه التعاقدي يوقف المشرع فعاليته بحرمان المستهلك من تنفيذه قبل مضي مدة معينة، بتفعيل حقه في الرجوع والاستفادة من مهلة الندم *Délai de réflexion*، فإذا انتهت المدة ولم يمارس المستهلك حقه في الانسحاب اكتسب العقد الفعالية بتنفيذه، وإذا مارسها ترتب على ذلك انتهاء العقد، وليس بطلانه، حيث أن استخدام المستهلك الطرف في عقد الخدمة الاستهلاكي المبرم عن بعد، لحقه في العدول داخل الآجل القانوني⁽²⁾ يؤدي إلى زوال عقد الاستهلاك واعتباره كأن لم يكن إنهاء للعقد بنص قانوني⁽³⁾، إنه آلية مستحدثة لتحقيق الأمن التعاقدي للمستهلكين في عقود الخدمات المبرمة عن بعد.

ثانيا: عقود الخدمات المستثناة من حق الرجوع

لقد استبعد المشرع بعض العقود من نطاق حق العدول، ويرجع ذلك إما لانخفاض المقابل المالي الذي يلتزم به المستهلك، أو تكون مدة العقد وجيزة، ويمكن أن يرجع ذلك أيضا، لكون عقد الاستهلاك واردا على سلع أو منتجات سريعة التلف أو متغيرة الأسعار... إلخ.

وبصفة عامة فحينما لا تتحقق حكمة تقرير حق العدول في العقد، فإنه يخرج من نطاق هذا الحق، وحتى نقوم بتقييم التشريع المغربي بخصوص العقود المستثناة من

¹ - عبد الكريم عباد، حماية المستهلك في عقد التجارة الإلكترونية، مجلة الدفاع، العدد 6، ص 2015، ص 106.

² - نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، 2009، ص 58.

³ - سارة وجدي عبده، الحماية المدنية من الإعلان، مرجع سابق، ص 255.

ممارسة حق الرجوع (ثانيا) لابد من الاطلاع على مضمون عقود الخدمات المستثناة في ضوء التوجيهات الأوروبية⁽¹⁾.

1- عقود الخدمات المستثناة في القانون المغربي

بالرجوع إلى قانون تدابير حماية المستهلك وخاصة المادتين 38 و42 منه، نجد أن المشرع المغربي قد أورد عدة عقود خدمات ضمن العقود المستثناة من ممارسة حق الرجوع، حيث جاء في نص المادة 38 على أنه: "لا يمكن أن يمارس حق التراجع إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك في العقود المتعلقة بما يلي:

- الخدمات التي شرع في تنفيذها بموافقة المستهلك قبل انتهاء أجل السبعة أيام كاملة"، هذا الاستثناء خاص بعقد من عقود تقديم الخدمات التي يتم الاتفاق فيه بين كل من المستهلك والمورد المهني، على أن يبدأ تنفيذ هذا العقد قبل انتهاء المدة المقررة لممارسة الحق في الرجوع عن عقد التوريد بالخدمات التي تكون تعريفها رهينة بتقلبات أسعار السوق المالية⁽²⁾.

كما نجد أن المادة 42 من قانون الاستهلاك المغربي تستثني من ممارسة حق العدول، عقود تقديم خدمات أو النقل أو المطاعم أو الترفيه التي يجب أن تكون في تاريخ معين أو بشكل دوري محدد، هذا الاستثناء انتقده بعض الباحثين المغاربة حيث اعتبروا هذا المقتضى هو بمثابة آلية لحرمان السائح من ممارسة حق الرجوع، وخاصة مع الإقبال الكبير لمستهلكي هذه الخدمات على إبرام هذه العقود⁽³⁾، ونظرا لوضعية السائح باعتباره طرفا ضعيفا في العقد السياحي، فإن الأمر يتطلب كذلك منح السائح المتعاقد حق الرجوع في هذه العقود في علاقاتهم مع المؤسسات السياحية، لأن هؤلاء غالبا ما يبالغون

¹ - Bosco.(D), op.cit, p 15.

² - لقد أثار مصطلح السوق المالي صعوبة في تحديده حيث يذهب رأي من الباحثين أنه يمثل البورصة، بيد أن هناك مجموعة من السلع والخدمات لا يتم تداولها بالبورصة وبالتالي يصبح من الصعب إثبات ارتفاع أو انخفاض أثمان سعرها ولو مارس المستهلك حق الرجوع، انظر سامح عبد الواحد التهامي مرجع سابق، ص 364.

³ - عبد الرحمن الشرقاوي، العقد السياحي، الطبعة الأولى، مطبعة دار أبي رقرق، 2012، ص 209،
- ينظر كذلك: ياسر أحمد بدر. حماية السائح في عقود السياحة الإلكترونية بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الثالث الذي نظّمته كلية الحقوق جامعة طنطا، بعنوان "السياحة والقانون" خلال الفترة من 26 إلى 27 أبريل 2016.

في عرض خدمات على السائح بوسائل الدعاية والإشهار وهيمنة أساليب الإغراء به بدل الالتزام بقواعد الإعلام النزيه والمتبصر لإرادة المستهلك.

2- عقود الخدمات المستثناة في ظل القوانين المقارنة:

بالرجوع إلى التشريعات المقارنة، وخاصة التوجيه الأوروبي رقم 8 لسنة 1997، في مادته 3/6 فقد استبعدت من نطاق حق العدول العقود الآتية، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك⁽¹⁾:

- عقود الخدمات التي يبدأ المورد تنفيذها قبل انتهاء مهلة العدول بناء على اتفاق مسبق مع المستهلك.

- العقود التي ترد على سلع أو خدمات يتوقف تحديد سعرها على تقلبات السوق المالي، هذه العقود المستثناة هي نفسها أكدت عليها التوجيهية الأوروبية رقم 83 لسنة 2011⁽²⁾.

ورغم اختلاف الصياغة بين التوجيهين، إلا أن مضمونهما يكاد يتطابق كل منها أن التوجيه رقم 83 الصادر بتاريخ 27 أكتوبر 2011 استلزم وجود اتفاق صريح وسابق بين المورد المعني والمستهلك، بصدد البدء في التنفيذ حتى قبل انصرام مهلة الرجوع ،

¹ - L'article 6/3 dispose que : sauf si les parties en ont convenu autrement la consommateur ne peut exercer le droit de rétractation prévu au paragraphe 1 pour les contrats :

- de fourniture de services dont l'exécution à commencer avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours ouvrables prévu au paragraphe 1.
- de fournitures de biens ou de services dont le prix est fonction de fluctuations des taux de marché financier, que le fournisseur n'est pas en état de contrôler.

² - L'article 16 de l'orientation européenne n° 83 de 2001 dispose que : « les états membres ne prévoient pas le droit de rétractation énoncé aux articles 9/2009 à 15 pour ce qui est des contrats à distance et des contrats leurs établissement en ce qui concerne qui suit :

a) Les contrats de services après que le service à été pleinement exécuté si l'exécution à commencer avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra son droit de rétractation une fois que le contrat aura été pleinement exécuté par le professionnel.

b) la fourniture de biens ou de services dont les prix dépend de fluctuation sur le marché financier échappant au contrôle du professionnel et susceptibles de se produire pendant délai de rétractions.

وأن المورد المهني يجب أن يعلم المستهلك، أن من شأن البدء في التنفيذ أن يحرمه من حقه في العدول، حتى وإن لم تنقض مهلته بعد⁽¹⁾، هذا بخصوص عقود الخدمات التي يقوم المورد المهني بتنفيذها خلال مهلة العدول.

أما بخصوص العقود التي ترد على خدمات يتوقف سعرها على التقلبات في السوق المالي، فإن الحكمة من تقرير استثناء العقود الاستهلاكية من ممارسة حق الرجوع، يرجع إلى أن سرعة تقلبات الأسعار لهذه الخدمات يحدث اضطراباً في المعاملات التجارية، وبالتالي فإنه عند ممارسة المستهلك لحق الرجوع وتنفيذ المهني لالتزامه برد الثمن كأثر من آثار العدول فأي ثمن يلتزم برده؟ نظراً لأن الثمن قد يرتفع أو ينخفض من وقت إبرام العقد إلى وقت ممارسة الرجوع عنه.

كما استثنت التوجيهية الأوروبية لسنة 2011 العقود المتعلقة بأعمال الصيانة والإصلاحات⁽²⁾، والتي يطلب فيها المستهلك قيام المحترف بزيارة عاجلة لهذا الغرض، وكذلك العقود المتعلقة بخدمات المطاعم والتنقل والإقامة والترفيه والتي يتعين تقديم الخدمات المتعلقة بموجبها خلال ميعاد محدد أو أثناء فترة زمنية محددة.

ومن مبررات استثناء هذه العقود الأخيرة، أن ممارسة مستهلكي هذه الخدمة لحقهم في الرجوع، سيترتب عنه خسائر فادحة غير مبررة للمورد⁽³⁾، والمؤكد أن ممارسة حق العدول بصدد هذه العقود، يؤدي إلى الإحجام عن تقديم هذه الخدمات بنظام الحجز المسبق وهو ما يمثل خسارة وإرهاقاً لطرفي العقد⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة، وخاصة المشرع الفرنسي في مدونة الاستهلاك نجده يستبعد مجموعة من العقود من نطاق حق العدول، ومن هذه الاستثناءات ما يطبق بشكل مباشر، ولا مجال للاتفاق على خلافه، كما هو الحال بالنسبة لعقود الخدمات

¹ - مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص 124.

² - Supplémentaires comme la fourniture de boissons alcoolisées ou encore les contrats par lesquels le consommateur a sollicité un déplacement du professionnel pour une réparation urgente.

³ - كوثر سعيد عدنان خالد، عملية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية، 2012، ص 636.

⁴ - سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، مرجع سابق، ص 338.

المتعلقة بخدمات المطاعم والنقل والإقامة، والترفيه، والتي يتعين تقديم الخدمات المتعلقة بموجبها خلال ميعاد محدد أو أثناء فترات زمنية معينة⁽¹⁾، وهناك عقود خدمات تستثنى من نطاق ممارسة حق العدول، ما لم يتفق أطرافها على خلاف ذلك وتتمثل هذه العقود

في تلك التي حددتها المادة L 121-20-2 من مدونة الاستهلاكية الفرنسية⁽²⁾، وهي عقود توريد الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انقضاء مهلة العدول، طالما تم هذا التنفيذ بناء على اتفاق مسبق، غير أننا نلاحظ أن المادة الفرنسية وعلى خلاف التوجيهية الأوربي رقم 83 لسنة 2011 لم تفرض وجود اتفاق صريح سابق على بدء التنفيذ، العقد، أو أن يتم إعلام المستهلك بأن البدء في التنفيذ يعني حرمانه من حق الرجوع، وبهذا يكون التوجيه الأوربي أكثر توفير للحماية والأمن التعاقد للمستهلك، وحذا لو ذهب المشرع المغربي في المادة 38 في نفس التوجيه الأوربي، لأن هذا الفراغ قد يؤدي إلى استغلاله من طرف الموردين، ويتم التغافل عنه من طرفهم في مرحلة إبرام العقد، مما يترتب عنه إيقاع المستهلك في عقد توريد خدمات غير خاد لمصالحه الاقتصادية ويجد نفسه مرهقا بالالتزامات الناتجة عنه.

الفقرة الثانية: شروط ممارسة حق الرجوع

إذا كان المشرع المغربي قد منح المستهلك في إطار عقد الخدمة الاستهلاكي حق الرجوع، إلا أنه قيد هذا الحق بضرورة ممارسته داخل أجل قانوني محدد (أولا)، نظرا للآثار المترتبة عنه (ثانيا).

¹ - « Les dispositions des articles L 121-18, L 121-19 et L 121-20 et L 121-20-1 ne sont pas applicables aux contrats ayant pour objet :

1 -.....

2- La prestation de services d'hébergements, de transport, de restauration, de loisirs, qui doivent être fournis à une date ou selon une périodicité déterminée... »

² - L'article L 121/20-2 dispose que : « le droit de rétractation ne peut être exercé, sauf si les parties en sont convenues autrement pour les contrats :

- De fourniture de bien ou de services dont le prix est fonction de fluctuations des taux du marché financière... »

أولاً: التقيد بممارسة حق الرجوع داخل الأجل القانوني

تقتضي حكمة تقرير التشريعات حق الرجوع لمستهلكي الخدمات أن ينفردوا وحدهم بالتمتع به، لأن هذا هو ما يحقق التوازن في عقود الاستهلاك، وبالتالي المساهمة في تأسيس أمن تعاقدى يستفيد منه مستهلكي الخدمات، دون اشتراط أن يكون الرجوع بسبب عدم مطابقة الخدمة بمضمون العقد، أو وجود عيب في الخدمة (ضعف صبيب الانترنت فوائد مرتفعة في عقد القرض،... إلخ)، بل يمكن أن يرجع ممارسة العدول لأسباب اقتصادية أو اجتماعية أو حتى نفسية أسفرت عن تغير رأي المستهلك في العقد، فحق العدول هو حق تقديري موضوعي *Discrétionnaire* يتمتع به المستهلك دون التزام عليه بتبرير استعماله⁽¹⁾، إلا في شأن مدة العدول وكيفية استعماله، أما المبررات التي دعت لاستعمال هذا الحق فهي لا تخضع لأي نوع من رقابة القضاء⁽²⁾.

وهو ما أكدته محكمة العدل الأوروبية في قرار لها صادر بتاريخ 22 أبريل 1999، حيث أكدت أن ممارسة المستهلك لحق الرجوع هو ممارسة لحق موضوعي ومشروع ولو لم يكن أي غش صادر عن المهني⁽³⁾، وهو ما كرسته المادة 20-121 من مدونة الاستهلاك الفرنسية بخصوص العقود المبرمة عن بعد، التي نصت على أنه يحق للمستهلك الرجوع في العقد دون تبرير أسباب الرجوع⁽⁴⁾، وهو نفس التوجه الذي عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر بتاريخ 7 مارس 2006 في قضية تهم الرجوع في عقد التأمين⁽⁵⁾.

¹ - أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني- دراسة مقارنة، مطبعة جامعة طنطا، 2004، ص90.

² - Rouast. (A) : Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, RTD civ, 1944, p1.

³ - L'exercice du droit de rétractation est objectif, c'est-à-dire qu'il légitime même en l'absence d'une quelconque fraude du professionnel voir :

- Natacha Samphanor.(B) avec le concours de Elise Paillot, carole Aubert de Vincelles Creoffray.(B), les contrats de consommation- règles communes, LGDJ.op.cit, P 380.

⁴ - L'article 121/20 du code de la consommation dispose que : « le consommateur qui contracte à distance peut se rétracter sans avoir à justifier de motifs ».

⁵ - Cass.Civ. 7 mars 2006, Revue Resp. Assur. 2006.P29.note Courtieu (G)

- « L'exercice de la faculté de renonciation(...) est discrétionnaire pour l'assurée dont la bonne foi n'est pas requise ».

كما قضت في قرار آخر صادر بتاريخ 4 فبراير 2010 بأن حسن نية المؤمن له ليس لازماً، لأن حق العدول هو حق تقدير للمؤمن له كشخص طبيعي⁽¹⁾.

ولما كان حق العدول يعني قدرة المستهلك أن ينهي العقد بإرادته المنفردة، ودون إبداء الأسباب أو أداء ثمة تعويض للمهني المحترف المتعاقد معه، فإن هذا يقتضي أن يكون مؤقتاً، حيث لا يظل مصير العقد معلقاً لفترة طويلة، إذ يؤثر ذلك على استقرار المعاملات⁽²⁾، فيكون العقد خلال تلك المهلة ذو وضع هش⁽³⁾.

ومن أجل تحقيق التوازن بين مصالح المستهلك من ناحية، ومصلحة المهني المورد للخدمة، كان لزاماً عبر المشرع أن يحدد مدة العدول بشكل قاطع غير قابل للتأويل، ولقد تضمنت جل التشريعات المنظمة لحق العدول الصفة المؤقتة له، إلا أن التشريعات اختلفت في مقدار هذه المهلة، حيث نجدها 14 يوماً في قانون الاستهلاك التونسي، في حين أن قانون حماية المستهلك المغربي قلص من هذه المادة وجعلها 7 أيام⁽⁴⁾، وهي نفس المدة المحددة في مدونة الاستهلاك الفرنسية، حيث نصت المادة 36 من القانون 31.08 على أنه: "للمستهلك أجل سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع، وثلاثين يوماً لممارسة حقه في التراجع في حالة ما لم يف المورد بالتزامه بالتأكيد الكتابي

¹ - Cass.Civ, 4 février 2010, GAZ. Palais 2011, P :42, note LEDUCO.(X), « la bonne foi de l'assuré n'est pas requis, le droit de rétractation est discrétionnaire pour l'assure personne physique qu'elle soit avertie ou profane ».

² - Bosco (D), droit de rétractation, op.cit., p : 65.

³ - وهناك من التشريعات العربية من حددت مهلة العدول في 10 أيام مثل قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، وقانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2005.

⁴ - L'article 121/20 du code de la consommation française dispose que : « le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, cas échéant des frais de retour ».

- Lorsque les informations prévues à l'article L 121/19 n'ont pas été fournies. Le délai d'exercice du droit de rétractation est porté à trois mois toutefois, lorsque la fourniture de ces informations intervient dans les trois mois à compter de la réception des biens ou de l'acceptation de l'offre, elle fait courir le délai de sept jours mentionné au premier alinéa.

- Lorsque le délai de sept jours expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و32"، ويطرح التساؤل حول تاريخ بداية سريان مهلة الرجوع.

فبالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة 36 من قانون 31.08 نجد أن المشرع المغربي ميز بين مهلة الرجوع في عقود توريد السلع، وعقود توريد الخدمات، حيث أنه في عقود بيع السلع للمستهلك فإن بداية سريان مهلة الرجوع تبدأ من تاريخ تسلم السلعة، أما في عقود توريد الخدمات فإن مستهلكي الخدمات ملزمون بممارسة حقهم في الرجوع داخل مدة 7 أيام، تبتدئ سريان احتسابها من تاريخ قبول العرض المقدم من طرف موردي الخدمة.

وفي الأخير نلخص إلى أن حرية استعمال المستهلك الطرف في عقد الخدمة الاستهلاكي لحقه في الرجوع، ليس مطلقا بل هي مقيدا بمدة زمنية معينة ينبغي ممارسته خلالها، تحت طائلة أن يصبح ملزما بشروط العقد، في حالة عدم ممارسته لحقه في الرجوع.

وبخصوص عقود الخدمات المالية، وخاصة خدمة القرض والخدمات المرافقة له، فإن مهلة الرجوع محددة كذلك في مدة 7 أيام، وهكذا فإن للمقترض أن يتراجع عن التزامه داخل أجل سبعة أيام ابتداء من تاريخ قبوله للعرض المسبق (Ordre préalable)⁽¹⁾، أما بخصوص عقد التأمين على الحياة فقد نظم المشرع هذا الحق في المادة 97 من مدونة التأمينات، فمهلة الرجوع يجب أن لا تقل عن 15 يوما تبدأ من تاريخ اكتتاب العقد⁽²⁾ حيث جاء فيها: "إذا عرض على شخص بمنزله أو بمكان عمله أو بمكان خاص أو عام اكتتاب عقد التأمين على الحياة وتم الاكتتاب أثناء الزيارة وجب منحه أجلا لا يقل عن 15 يوما ابتداء من تاريخ اكتتاب العقد لكي يلغي هذا الالتزام".

¹ - انظر المادة 85 من قانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك.

² - مهلة ممارسة حق الرجوع هو حق مستحدث في التشريع المغربي بمقتضى قانون 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، تبدأ من تاريخ الاكتتاب، بينما في مدونة التأمينات الفرنسية فإن للمؤمن له حق الرجوع بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل خلال أجل 30 يوما من أول أداء.

والملاحظ أن المشرع وسع من نطاق حق الرجوع في مجال عقود وخدمات التأمين، فلم يقتصر على التأمين على الحياة وإنما أيضا بالنسبة لجميع حالات الاكتتاب التي تتم بجميع الأمكنة العامة والخاصة، بهدف توسيع الحماية القانونية للمتعاقدين⁽¹⁾.

وقد انتقد أحد الباحثين المادة 97 من مدونة التأمينات باعتبارها استهدفت حالات معينة يتم فيها التعاقد، دون غيرها وبالتالي فإن صيغة المادة 97 وهي صيغة حصرية كان على المشرع تفادي صيغة التعداد، كما كان عليه إلغاء مصطلح العرض لتشمل الحماية، حتى الحالات التي ينتقل فيها الشخص المستهلك الذي يريد التأمين بنفسه إلى مقر شركة التأمين ويسعى إليها، وليس فقط تلك الحالة التي يعرض عليه فيها الاكتتاب.

والمأمول حقا من المشرع التدخل مستقبلا لتمتع المؤمن له في باقي عقود التأمين بهذا الحق أو الرخصة، حماية للمصالح الاقتصادية وتوقيا للمخاطر المهددة لإرادة المستهلك، باستثناء التأمينات الإجبارية التي لا يجوز منح هذا الحق في نطاقها، لمناقضته مع طبيعة وأهداف النوع من التأمين⁽²⁾.

ثانيا: الآثار الناتجة عن ممارسة حق التراجع

بالرجوع إلى نصوص القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك المغربي، وخاصة المادة 37 منه نجدها تنص على ما أنه: " عند ممارسة حق التراجع يجب على المورد أن يرد إلى المستهلك المبلغ المدفوع كاملا على الفور، وعلى أبعد تقدير داخل أجل الخمسة عشر يوما الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارسة الحق المذكور".

وهكذا فإنه طبقا لقواعد قانون الالتزامات والعقود، فإذا كان نشوء العقد صحيحا يترتب بعض الالتزامات على عاتق كل من الطرفين، والتي تمثل في ذات الوقت حقوقا

¹ - يوسف الزوجال، المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات، عقد التأمين نموذجاً، مطبعة دار الأمان، 2013، ص 194.

² - محمد الهيني، حق المؤمن له في الرجوع عن التعاقد في عقد التأمين بين الحاجة والفعالية، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 1، أكتوبر 2007، ص 108.

للطرف الآخر، فإن مباشرة المستهلك لحق التراجع يؤدي لميلاد التزامات تعاقدية جديدة متبادلة بين مستهلك الخدمة ومورد الخدمة.

1- أثر حق الرجوع بالنسبة للمهني مورد الخدمة

من أهم آثار ممارسة المستهلك لحقه في التراجع وقيامه برفض الخدمة أن يلتزم المورد المهني برد المبلغ الذي دفع المستهلك كاملاً، وعلى الفور وعلى أبعد تقدير داخل أجل خمسة عشر يوماً الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارسة الحق المذكور، وبعد انصرام الأجل المذكور فقد رتب المشرع المغربي على المبلغ المستحق بقوة القانون فوائد بالسعر القانوني المعمول به.

ويستفاد من هذا النص⁽¹⁾ أن المشرع المغربي يلزم المهني مورد الخدمات برد الثمن أو مقابل الخدمة إلى المستهلك، إما داخل أجل استعجالي وفوري أو في غضون مهلة محددة لا يستطيع تجاوزها وهي مهلة أقصاها 15 يوماً وهي المدة القصوى.

وفي الواقع أن إلزام المهني مورد الخدمة برد مقابل الخدمة أمر في غاية الأهمية والضرورة، إذ يمارس دوراً رئيساً في حماية المستهلك، فبغير إجبار المهني على رد الثمن يفقد حق العدول جدواه ودوره، ويؤثر ذلك على الأمن التعاقدي للمستهلك، ويساهم في هشاشة الحماية المرجوة من سن قواعد حق الرجوع للمستهلك، الأمر الذي يترتب عليه عزوف المستهلك عن ممارسته حق العدول، ومن ثم تتحول النصوص المنظمة له عندئذ إلى حبر على ورق، وتصبح معدومة الفائدة ولا جدوى منها، ويفقد حق العدول أهم أثر مترتب على مزاولته، وهو حق المستهلك في استرداد الثمن الذي سبق أن دفعه من قبل كمقابل للخدمة⁽²⁾.

¹ - المادة 37 من قانون 31.08.

² - محمد الهيني، حق المؤمن له في الرجوع عن التعاقد. المرجع السابق، 91 وكذلك: محمد حسن، التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة، الإسكندرية، 2005، ص 180.

وبخصوص القوانين المقارنة وخاصة قانون الاستهلاك الفرنسي، نجده قد حدد مدة إرجاع مقابل الخدمة في المادة L221-24⁽¹⁾، في شأن العقود المبرمة عن بعد، على أن يكون المهني ملزماً بدفع كل المبالغ قد تم دفعها للمستهلك، بما في ذلك مصاريف التسليم بالنسبة للسلع، ومصاريف توفير الخدمة بالنسبة للخدمة، بدون تأخير غير مبرر وداخل مدة أقصاها 14، اعتباراً من التاريخ الذي تم فيه إخباره بقرار المستهلك في العدول.

هذا بخصوص عقود الخدمات المبرمة عن بعد، وبخصوص الرجوع في عقود الخدمات المالية المبرمة عن بعد، فقد حددتها المادة L222-15 ألزمت المهني بإرجاع المبالغ التي تلقاها من مستهلك الخدمة خلال 30 يوماً، تحسب من تاريخ تلقي المحترف إخطار المستهلك بالرجوع عن العقد، هذه المقتضيات التشريعية الفرنسية جاءت منسجمة مع التوجيهية الأوروبية رقم 83 لسنة 2011 المتعلقة بتحديد مهلة رد الثمن في عقود الخدمات المبرمة عن بعد، حيث حددتها في 14 يوماً، أما عقود الخدمات المالية فقد حددتها كذلك التوجيهية الأوروبية رقم 6 لسنة 2002 في مدة 30 يوماً⁽²⁾.

¹ - تغير رقم هذه المادة بصور المرسوم 2016-301 علماً بأنها كانت تحمل رقم L-121-4-21 قبل صدور هذا المرسوم، وقد وردت في الصيغة الفرنسية كما يلي:

- Lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel rembourse le consommateur de la totalité des sommes versées, y compris les frais de livraison sans retard mystifié et au plus dans les quatorze jour à compter de la date à laquelle il est informé de décisions du consommateur de se rétractera.
- Le professionnel effectue ce remboursement en utilisant le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur pour la transaction initiale, sauf accord exprès du consommateur pour qu'il utilise un autre moyen de paiement et dans la mesure où le remboursement n'occasionne pas de frais pour le consommateur.
- Le professionnel n'est pas tenu de rembourser les frais supplémentaires si le consommateur a expressément choisi un mode de livraison plus coûteux que le mode de livraison standard proposé pour le professionnel ».
- ² - Le fournisseur rembourse au consommateur dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours toutes les sommes qu'il perçoit de celui-ci en application du contrat, à l'exception du montant mentionné au premier alinéa de l'article L 222-13.
- Ce délai commence à courir le jour où le fournisseur reçoit notification par le consommateur de sa volonté de se rétracter.

ومن الآليات التشريعية لضمان التزام المورد باحترام رد المبالغ داخل الأجل القانوني، أفرد المشرع المغربي جزاء مدنيا لصالح المستهلك، حيث يترتب بقوة القانون على المبلغ المستحق فوائد بالسعر القانوني المعمول به⁽¹⁾.

والجدير بالذكر، أن الفوائد القانونية تستحق دون حاجة إلى إخطار أو إذار ودون حاجة صدور حكم قضائي.

وحرصا على تحقيق فعالية النصوص القانونية، وضمان تنفيذها والتقيد بأحكامها من طرف موردي الخدمات، وانسجاما مع كون حق الرجوع من الحقوق التي تقرها تشريعات حماية المستهلك بصفة عامة، والتشريع المغربي بصفة خاصة⁽²⁾، فقد جعل المشرع المغربي حق التراجع العقدي منظم بموجب قواعد أمر، تمثل الحد الأدنى للحماية العقدية المقررة لصالح المستهلك في مرحلة التعاقد، الأمر الذي يترتب عنه أن المستهلك الطرف في عقد الخدمة الاستهلاكي، لا يمكنه التنازل مسبقا عن حقه في التراجع⁽³⁾، وإلا كان هذا التنازل باطلا، لأن أحكام حق التراجع في القانون المغربي للاستهلاك هي من النظام العام، حيث نصت المادة 44 من قانون 31.08 على أنه: "تعتبر أحكام هذا الباب⁽⁴⁾ من النظام العام".

ولم يكتفي المشرع المغربي بذلك، بل نص كذلك على جزاء جنائي يوقع على المورد المهني الذي يخل بالتزامه برد الثمن.

¹ - الفقرة الأخيرة من المادة 37 من قانون 31.08 وكذلك المادة L 242.15 والتي نصت على أنه:

- Lorsque le professionnel n'a pas remboursé le consommateur dans les conditions prévues à l'article L 222-15 à l'expiration du délai de trente jours, la somme due est de pleins droit productive d'intérêts au taux légal en vigueur ».

² - حيث جاء في ديباجة القانون 31.08 المتعلق بتحديد تواريخ لحماية المستهلك المغربي، على أنه يعتبر هذا إطارا مكملا للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك ومن خلاله يتم تعزيز حقوقه الأساسية ولاسيما منها:

- الحق في الإعلام

.....

- الحق في التراجع

³ - كوثر سعيد، عدنان خالد، المرجع السابق، ص 620، ينظر كذلك: أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب الأمنية والقانونية للعمليات الإلكترونية، الإمارات العربية المتحدة، من 26 إلى غاية 28/4/2003، ص 20.

⁴ - والمقصود بالباب هنا في قانون 31.08 هو الباب المتعلق بالعقود المبرمة عن بعد.

ونرى بأن فلسفة المشرع الجديدة بتجريم خرق مقتضيات قواعد قانون الاستهلاك، إنما يدل على حماية المستهلك أصبحت ضمن المجالات التي تدخل ضمن النظام العام التوجيهي، مما يخدم معه الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات.

2- أثر ممارسة حق التراجع بالنسبة للمستهلك.

وكما أسلفنا أن من خصائص حق التراجع في العقود أنه يعد حقا مجانيا، يمارسه المستهلك بإرادة منفردة، داخل المهلة المحددة قانونا وبالتالي يتحلل من عقد الاستهلاك ومما قد يرتبط به من عقود.

لذلك فإن ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن عقد الاستهلاك، سيرتب آثار قانونية كذلك، وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الرجوع في العقد استهلاكي محله بيع سلعة أو وعقد توريد خدمة.

فبالرجوع إلى المادة 36 من قانون 31.08⁽¹⁾ نجدها تنص على أنه: **"للمستهلك أجل:**

"-....."

- وذلك دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء ومصاريف الإرجاع إذا اقتضى الحال".

وهذا المقتضى يهم العقود المبرمة عن بعد، فقط ويستثني منه العقود المبرمة خارج المحلات.

¹ - هذه المادة تقابلها المادة L221-23 من قانون الاستهلاك الفرنسي حيث ورد فيها بالنص الفرنسي:

- « Le consommateur ne supporte que les coûts directs de renvoi des biens sauf si le professionnel accepte de les prendre à sa charge où s'il a omis d'informer le consommateur que ces coûts sont à sa charge... »

ولعل ذلك يرجع إلى أن المحترف هو الذي يسعى ويذهب إلى المستهلك في محل إقامته، أو مقر عمله في هذه العقود، أي أن المستهلك لم يطلب السلعة أو الخدمة في التعاقد عن بعد، وإنما فرضت عليه بطريقة غير مباشرة من طرف المهني.

كما أنه يهتم عقود الاستهلاك الخاصة بتوريد السلع، حيث ألزم المشرع للمورد في هذه العقود بمنع المورد المهني تحميل المستهلك بأية مصاريف أخرى، غير تلك اللازمة لإرجاعه السلعة، والغاية من وراء ذلك تفادي عزوف المستهلك عن استعمال حقه في الرجوع، ولتجنب تحمل هذه المصاريف التي تمثل عندئذ جزاء يوقعه المهني عقاباً للمستهلك على اللجوء لحقه في العدول⁽¹⁾، على أن القضاء الفرنسي يجيز حصول المهني من المستهلك على مصروفات، بخلاف تلك اللازمة للرد وذلك في حالة سوء نية الأخير في ممارسة حق العدول، أو في حالة إثرائه بلا سبب على حساب المهني بمناسبة ممارسة لهذا الحق⁽²⁾.

والواضح أن هذا الالتزام لا ينشأ إلا في حالة ورود عقد الاستهلاك على سلعة، ويعني ذلك أن هذا الالتزام لا يتقرر على عاتق المستهلك إذا كان محل العقد الذي عدل عنه المستهلك هو عقد خدمة استهلاكي، حيث ممارسة هذا الأخير لحقه في الرجوع ورفض الخدمة من بعد إبرام العقد، فلن يتحمل أي شيء حيث أن الخدمة لم تؤدي بعد، وكذلك لا يوجد شيء معين⁽³⁾ يقوم المستهلك برده، لكن إذا اقترن عقد توريد الخدمة

¹ - Calais- Auloy (J) , et Temple. (H), op.cit, p 120.

- ينظر كذلك: مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص 180، وكذلك محمد أحمد عبد الحميد أحمد، المرجع السابق، ص 389.

² - CJEC, 3 septembre 2009, Dalloz 2009. AJ. Obs. Avena-Robordet.

حيث قررت محكمة الاتحاد الأوروبي في هذا الصدد عدم جواز حصول البائع المهني على أي مقابل بخلاف مصاريف عروض المستهلك الإلكتروني إلا في حالتين فقط وهما:

- حالة سوء النية من جانب المستهلك الإلكتروني كأن يمارس هذا الحق بسوء نية ظاهر.
- أو في حالة الإثراء بلا سبب عند ممارسته لحقه في العدول عن العقد.

³ - المقصود بها شيء محسوس ومادي، اللهم إذا كان مورد الخدمة قد قام بتسليم أدوات تجهيز فني لاستغلال الخدمة، كما هو الحال بالنسبة لعقود خدمات الاتصال: قد تكون الشركة المورد للخدمة قد قامت بإرسال أجهزة إلكترونية للمستهلك قصد التركيب وفي الأخير قام المستهلك بممارسة حقه في الرجوع فإنه في هذه الحالة على المستهلك إرجاع التجهيزات وعلى نفقاته. ما لم يكن هناك اتفاق مسبق على تحمل المورد لمصاريف الإرجاع في عقد الخدمة الاستهلاكي.

بضرورة أن يقوم المورد بتسليم تجهيزات تقنية، للاستفادة من الخدمة للمستهلك في أفق انتهاء مهلة الرجوع، وفعلا تمت عملية تسليم هذه التجهيزات من طرف المستهلك، فإنه في هذه الحالة يكون المستهلك ملزم بتحمل مصاريف نقل هذه التجهيزات إلى المورد.

ولا يجوز للمورد تحميل مستهلك الخدمة بأية مصاريف أخرى، غير تلك اللازمة لإرجاعه لأدوات التجهيز الفني، وأية شروط تدرج في عقد الخدمة تحمل المستهلك لأية مصروفات أخرى بخلاف مصاريف الرد تكون باطلة، لكون القواعد المنظمة لحق العدول من النظام العام ولا يجوز مخالفتها، بيد أنه يجوز الاتفاق على تحمل المهني لتلك المصاريف، لأن ذلك في مصلحة المستهلك، وفي هذه الحالة لا يجوز التعليل بكون القواعد المنظمة لحق العدول هي قواعد أمر⁽¹⁾.

ومن كل ما سبق نخلص إلى أن حق التراجع، هو آلية قانونية تساهم في تعزيز الأمن التعاقدي للمستهلك، من خلال حماية الرضا المستنير للمستهلك المتعاقد في عقود الخدمات، حيث إن حق التراجع يساهم في تدارك المستهلك للتسرع الذي قام به في مرحلة إبرام العقد، إما بسبب الظروف الاقتصادية والنفسية المحيطة بالمستهلك، وإما بسبب التأثير المبالغ فيه والدعاية المضللة التي وجهها المورد للمستهلكين، وبهذا يكون المشرع المغربي قد حقق هدفين من تقرير حق المستهلك في الرجوع: أوله حماية المستهلك من استغلال وتعسف المهنيين الموردين للخدمات وضعف تنفيذهم للالتزام بالإعلام الذي كرسه المشرع لفائدة المستهلك في إطار عقد الخدمة، والثاني: حماية المستهلك ضد نفسه حين يصدر رضاء متسرعاً بسبب الضعف النفسي أو حاجة الاقتصادية، وبهذا يكون قد حقق مصلحة المستهلك ذاته، لما سمح له بممارسة حق الرجوع في بعض عقود الخدمات الاستهلاكية وخاصة عقود الخدمات المبرمة عن بعد وعقود الخدمات المالية.

¹ - سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت- دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، 2008، ص342.

انظر كذلك:

- Bresse (P) et Kaufman (G), Guide juridique de l'internet et du commerce électronique, librairie, Vinbert, 2000, p 222.

وقد استثنى عقوداً أخرى، مراعاة للمصالح الاقتصادية للمقولة ككيان اقتصادي مهم للاقتصاد الوطني، وهذا سيرتب حماية المصلحة العامة، والتي من ركائزها استقرار وعدالة المعاملات.

وعلى أية حال من أهم النتائج والتوصيات التي يمكن استخلاصها:

- الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات نابع من الحاجة لحماية المستهلك حيث ترتب عنه كهدف ميلاد حقوق جديدة على عاتق المورد، من بينها حق التراجع، هذا الأخير الذي أحدث هشاشة في المبادئ العامة للعقود، وخاصة المبدأ الأصل في القانون التعاقدي "مبدأ القوة الملزمة للعقد"، والذي يستلزم عدم إلغاء أو تعديل العقد الذي نشأ صحيحاً بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين.

- حق التراجع كآلية لتحقيق الأمن التعاقدي في مرحلة إبرام العقد، هو فكرة قانونية مستقلة عن ما قد يتشابه معها من أفكار قانونية، فهو يستقل بخصائصه ونطاقه الشخصي والموضوعي والزمني عن تلك الأفكار، وفضلاً عن ذلك فإن غايته تستقل أيضاً عن الأهداف المرجوة من تلك الأفكار أو الحقوق المماثلة.

- حرص المشرع على تأقيت حق التراجع، حتى لا يظل العقد معلقاً على مشيئة المستهلك لوقت طويل، ولا يؤثر على الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات، وإنما ذلك ينسجم مع استقرار المعاملات وحماية الأمن الاقتصادي للدولة ككل.

- شمول بعض عقود الخدمات الاستهلاكية بممارسة حق التراجع مبني على حاجة المستهلك في تلك العقود للحق في التراجع، واستثناء عقود أخرى من طرف المشرع لغياب هذه الحاجة الملحة.

- تفاوت مهلة العدول في التوجيهات والتشريعات الأوروبية، والقانون المغربي وذلك بحسب طبيعة العقد ومحلّه، وهذا أمر منطقي ويتفق مع حكمة تقرير هذا الحق، كما يجب التنبيه إلى أن التوجيهات الأوروبية أكثر حماية للمستهلك من وجوه عديدة، ولعل أهمها

النطاق الواسع لممارسة حق التراجع، حيث أدرجت عقود الخدمات المالية بصفة صريحة كعقود مشمولة بحق الرجوع.

الفصل الثاني:

التبني التشريعي لنظرية البنود التصفية كمدخل

للأمن التعاقدى

يعرف البعض من الفقه حماية المستهلك بأنها توفير الأمان للمستهلك بمعناه الشامل، تحقيقاً لمقومات الأمن الحد الأدنى من الحياة الكريمة⁽¹⁾، من خلال تعظيم قدراته في التصدي للممارسات الضارة بمصالحه، واتخاذ الإجراءات الكفيلة التي توفر له هذه الحماية إجمالاً وفي مختلف الاتجاهات⁽²⁾، ويحصر البعض مجالات حماية المستهلك في أربعة: وهي صحته وسلامته ومصالحه الاقتصادية وإرادته التعاقدية.. وفكره أو ثقافته⁽³⁾، ما يهمننا في هذه الدراسة الحماية القانونية للمصالح الاقتصادية للمستهلك والحماية التعاقدية.

ويقصد بالحماية الاقتصادية للمستهلك، عدم جواز زيادة الجانب السلبي في الذمة المالية للمستهلك بمناسبة المعاملة الاستهلاكية دون مقتضى مشروع، بحيث يتمكن المستهلك من الحصول على الفائدة المثلى من موارده المالية، وحماية هذه الموارد من أي ممارسة ضارة بها، ومن ثم تتحقق الحماية اللازمة للمصالح الاقتصادية له.

وبخصوص حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك باعتبارها مصدراً للتعبير عن الرغبة في التعاقد، يجب أن يتكامل لها عنصر قوتها من الحرية والوعي والسلامة، فيجب بداية أن تحرر هذه الإرادة من أية ضغوط تدفعها إلى التعاقد دون رغبة حقيقية، ومثال هذه الضغوط الإعلانات والدعايات التجارية، بما تحتوي عليه من وسائل حث على التعاقد،

¹-أنور أحمد رسلان، مفهوم حماية المستهلك، تقرير مقدم إلى ندوة حماية المستهلك في العالم العربي، جامعة الدول العربية، القاهرة 1997، ص 2 وكذلك، عمر محمد عبد الباقي، المرجع سابق، ص 43.

²- أبو العلا على أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، ص 9.

³- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 42.

في ضوء ما تتضمنه من مبالغاة وأساليب إغراء مختلفة⁽¹⁾، وكذلك يجب أن تتحرر هذه الإرادة من الضغوط التي أتت بها بعض وسائل البيع المستحدثة كالتعاقد عن بعد والتعاقد الإلكتروني بصفة عامة، كما يجب أن تكون الإرادة التعاقدية بمنأى عن الممارسات التعسفية الصادرة عن المورد المهني، والتي يعد من أوضح مصادرها تلك العقود سابقة الإعداد- العقود النموذجية- التي تخفي معها قدرات المستهلك على مناقشة بنود العقد أو التفاوض بشأن شروطه، رغم طابعها التعسفي لذلك فإن تعزيز الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات يجد منطلقه في ضرورة حمايتهم من البنود التعسفية (الفرع الأول)، ونظرا لأهمية هذه الحماية فقد عمل المشرع بمقتضى القانون 08-31 على تبني نظرية البنود التعسفية لأول مرة في التشريع المغربي، مما أتاح التعامل مباشرة معها، الأمر الذي كان له أثرا كبيرا على تكريس الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية مستهلكي الخدمات من البنود التعسفية منطلق

للأمن التعاقدي.

نظرا للاختلاف الكبير بين أطراف العلاقة التعاقدية الاستهلاكية الخدماتية، والناجمة موضعيا عن طرفين غير متكافئين من الناحية الاقتصادية والمالية والتقنية، وأمام قصور القواعد العامة المنظمة للتعاقد في حماية الطرف المستهلك وتحقيق التكافؤ بين طرفي العقد الاستهلاكي، بتوريد خدمة خاصة في ظل النظرية الحديثة للعقود التي تهدف إلى حماية الإرادة التعاقدية المستهلك بصفة عامة كطرف ضعيف من الممارسات التعسفية الصادرة عن المهني مورد الخدمة، كلها عوامل مبررة لتبني هذه النظرية التي شكلت ثورة على مبدأ أصيل في النظرية العامة للتعاقد وهو أن العقد شريعة المتعاقدين (المبحث الأول)، ونظرا لإفرازات الممارسة الواقعية في التعامل التجاري بين المهنيين والمستهلكين بصفة عامة، ومستهلكي الخدمات في انتشار عقود نموذجية سابقة الإعداد من طرف الموردين المهنيين المختصين في تقديم الخدمات وما نتج عنه من تقليص

¹ - نفس المرجع، ص 45.

مجال الرضائية وهيمنة الشكالية في التعاقد كلها، وما أسفر عنه من اختلاف كبير في التوازن لفائدة هذه الفئة القوية على حساب فئة المستهلكين كأطراف ضعيفة، وحرصا من التشريعات على حماية النظام العام الاقتصادي كان لابد من تبنيها لنظرية البنود لتحقيق الأمن التعاقدي لمستهلكي السلع والخدمات على حد سواء (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مواجهة البنود التعسفية آلياً لتجاوز مساواة عقدية

بالرجوع إلى القواعد العامة للتعاقد في القانون المغربي، وخاصة الفصل 19 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه: "لا يتم الاتفاق إلى بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية على للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة التي يعتبرها الطرفان أساسه"، فإن الأصل في إبرام العقود أنها تتم بعد مناقشات ومفاوضات بين الأطراف المتعاقدة حول المضمون العقدي، في جو من الحرية الكاملة في التفاوض وإطلاع كل متعاقد على حقوقه والتزاماته، وذلك على المساواة، وإذا ما تبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين انعقد العقد، إلا أنه في العقود التي تبرم بين المهنيين والمستهلكين، أي في عقود الاستهلاك بصفة عامة وعقود الخدمات الاستهلاكية بصفة خاصة، تصبح هذه القاعدة غير ذي أثر في الغالب، حيث يغيب التفاوض على مضمون العقد، ويصبح المستهلك كطرف ضعيف أمام عقود استهلاكية معدة من طرف قوي اقتصاديا انفرد هذا الأخير بإعدادها، وتتضمن بنودا تحمل في طياتها ومضمونها كما هائلا من الحقوق للمهنيين موردي الخدمات، في مقابل إجهاز على مجموعة من حقوق مستهلكي الخدمات أو التضيق من ممارستها، وما يترتب عن ذلك من المساهمة في هشاشة الحماية الموجهة للمستهلك، وما ينتج عنها من تهديد لحق المستهلك في الأمن التعاقدي (المطلب الأول).

لذلك كان من نتائج التطورات القانونية أن تدخلت التشريعات للمحافظة على موازنة مصالح الأطراف المتعاقدة، من أجل تحقيق التوازن الموضوعي الاقتصادي للعقود الاستهلاكية، حيث كثرت الرقابة على إرادة المتعاقدين فأصبح المشرع يعتني

بالظروف التي تبرم فيها العقود والشروط التي تتضمنها والآثار التي تترتب عليها، ومن هنا بنت التشريعات لنظرية البنود التعسفية في قوانين الاستهلاك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: هشاشة الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات في ظل مبدأ

سلطان الإرادة.

انطلاقاً من المادة 1 من قانون 31.08 التي تنص على أنه: "يهدف القانون إلى تحقيق ضمان حماية المستهلك فيما يتعلق بالشروط الواردة في عقود الاستهلاك ولاسيما الشروط التعسفية والشروط المتعلقة بالخدمات المالية والقروض الاستهلاكية...". نخلص إلى أن من الآليات القانونية لحماية المستهلك في مواجهة الموردين بصفة عامة وموردي الخدمات بصفة خاصة، هو حماية المستهلكين وخاصة مستهلكين الخدمات من البنود التعسفية، وذلك لأحداث توازن تعاقدية بين المستهلك كطرف ضعيف (الفقرة الأولى)، ومورد والخدمات الذين يمتازون بتفوق اقتصادي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: سلطان الإرادة لا يعالج المركز الضعيف لمستهلكي الخدمات.

عرفت المادة 2 من قانون 31.08 على أنه: "يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي".

وبالتالي فإن مستهلك الخدمة هو كل شخص يتعاقد بهدف الحصول على خدمة لاستعماله الشخصي هو لأسرته⁽¹⁾، وسواء كان هذا المستهلك شخص طبيعي أو شخص معنوي، وبالتالي يكون المشرع المغربي قد وضع حداً للنقاش الفقهي حول المقصود

¹ - محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2001، ص 15. انظر بالفرنسية المراجع التالية.

- Calais Auloy (J), et Steinmetz (F) : Droit de la consommation, Dalloz 5^{ème} édition, 2000, p 12 وكذلك:

- Calais Auloy (J), et Picod. (Y) et DAVO (H), droit de la consommation, DALLOZ SIREY, 2^{ème} édition, 2010, p. 23.

« Le bénéficiaire des dispositions consumériste est avant tout la personne qui se procure ou qui utilise un bien, ou un service dans un but personnel ou familial par ailleurs, tous les biens meuble » ou immeubles sont concernés ».

بالمستهلك، أو نطاق المستهلك وكذا ما إذا كان المستهلك شخص طبيعي أو معنوي، وأبعد من نطاق تطبيق قواعد تدابير حماية المستهلك، فالمستهلك هو "كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك" والذي كان ينادي به بعض الفقه الفرنسي⁽¹⁾.

وهكذا فإن المستهلك هو شخص يتعاقد لغرض غير مهني، في مجال لا يستوعب ما قد يستجد فيه من تصرفات ناتجة عن التطورات القانونية والتقنية والتكنولوجية، والتي تضع المتعاقد المستهلك بصفة عامة ومستهلك الخدمة في موقع الضعف والجهل⁽²⁾. ويستوي أن يكون هذا الطرف الضعيف مجرد مستهلك عادي يدخل في تصرفات قانونية تنبئ عن غياب التوازن العقدي بينه وبين الطرف الآخر.

ومستهلك الخدمة في التعاقدات التي يكون طرفا فيها، غالبا ما يتعاقد مع شخص معنوي مقولة أو شركة ذات نفوذ اقتصادي، وتستفيد من وضعية احتكار قانوني أو فعلي لخدمة أو في وضع مهيمن⁽³⁾.

ومن هنا ينبثق مصدر الضعف⁽⁴⁾ بالنسبة لمستهلك الخدمة، فهناك ضعف اقتصادي وتقني، ويتضح هذا الضعف عند بعض رجال القانون الفرنسي⁽⁵⁾ في المؤهلات الجسمية والنفسية، وكذا المؤهلات التقنية إضافة إلى الظروف الاقتصادية والاجتماعية.

ويؤدي هذا الضعف في عقود الخدمات بوجه عام إلى اختلال التوازن في العلاقة التعاقدية، نظرا لسيطرة الطرف القوي وتفوقه، مما يجعل المستهلك في هذه العقود خاضعا لجميع بنود عقودها المطروحة في سوق العقود.

ومفهوم الضعف الذي يتسم به مستهلكي الخدمات، هو مفهوم مرن يحدد بالنظر لواقع الحال، أو يدخل ضمن الأعمال التقديرية لسلطة القاضي، ولم يعرف القانون

¹ - PAISANT (G) : A la recherche du consommateur, JCP , G, 2003, I 121.

² - محمد احمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 28.

³ - مستهلك الخدمة إما مشترك في عقود الاشتراك في منظومة الاتصال، أو زبون مؤسسة بنكية أو مؤمن له في عقد التأمين.

⁴ - بالرجوع إلى المنجد الفرنسي Robert فإن الطرف الضعيف هو الضعيف بدنيا ومعنويا.

- Personne manque force de vigueur physique.

- personne manque force morale, voir le petit Robert , édition 2016, p1002.

⁵ Frédéric. Le Clerc, la protection de la partie faible dans les contrats internationaux, étude de conflits de lois, Tome I. Thèse, université Robert Shumane de Strasbourg, 1995, p11.

المغربي مفهوم الضعف، وإنما رتب عليه البطلان القانوني، لكل التزام نشأ بفعل استغلال ضعف أو جهل المستهلك، مع حفظ حقه في استرجاع المبالغ المؤداة من طرفه وتعويضه عن الأضرار اللاحقة به⁽¹⁾.

وهكذا فإن ماهية الضعف في عقود الخدمات الاستهلاكية، يستلزم الحديث عن الضعف المادي والمعنوي (أولا) ثم الضعف الجسماني والتقني (ثانيا).

أولاً: الضعف المادي أو الضعف الاقتصادي

يقصد بالضعف المادي أو الضعف الاقتصادي، تلك الوضعية التي تجعل مستهلك الخدمة أقل قوة من الناحية الاقتصادية والمالية⁽²⁾، وهذا ما يؤدي حتماً إلى غياب التوازن بين أطراف العقد الاستهلاكي الخدماتي، ومن أهم مظاهر الضعف المادي: الوضع المهيمن للمهني في السوق⁽³⁾، أو على الأقل سيطرته تؤدي إلى تضيق نطاق المنافسة، مما يجعل المستهلك في خيار وحيد المتمثل في حرية اختيار مورد الخدمة التي يكون المستهلك في حاجة إليه، هذه الوضعية التعاقدية المتميزة باختلاف المراكز التعاقدية نتيجة اختلال موازين القوى، أدى إلى قيام مورد الخدمة كطرف قوي إلى اشتراط بنود تعسفية داخل عقد الاستهلاك الخدماتي، وليس للمستهلك إلا قبول التعاقد بسبب الحاجة الضرورية أو المستعجلة للخدمة إما واقعا أو قانونا، وكذا بسبب ظهور أشكال جديدة لتمويل الخدمة وخاصة عن طريق القرض⁽⁴⁾.

¹ - المادة 59 من قانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك.

² - يوسف الزوجال، المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات، عقد التأمين نموذجاً، منشورات دار الأمان، الرباط، 2013، ص 91.

³ - مفهوم السوق بلغة قانون المنافسة: سوق خدمات الاتصال، سوق الخدمات البنكية، سوق خدمات التأمينات وكذلك سوق الخدمات الطبية في ظل ظهور عدد كبير من المصحات الخاصة والتي أصبحت تتخذ شكل مقولة.

⁴ - محمد الهيني، تقرير عن رسالته : حماية الطرف الضعيف المؤمن له في عقد التأمين، منشور على الموقع الإلكتروني:

إن التقدم العلمي، والتكنولوجي والصناعي من الناحية الاقتصادية، جعل من ظروف التعاقد عملية معقدة متعلقة والسلع والخدمات -مثل عقود التأمين⁽¹⁾، ذات تشعبات لا تسمح للشخص العادي كالمستهلك بالتعرف عليها والاختيار بمحض إرادته، وبالتالي يصعب الاستفادة من شروط العقد التي تكون بطريقة منفردة، وهذا ما يجعل المستهلك في وضعية التبعية الاقتصادية *dépendance économique*، ومن هنا تبرز علاقة استغلال بدل علاقة تعاقدية لارتباطها بعنصر خارجي عن العقد، (الوضع الاقتصادي للمستهلك الخدمات)، وبالتالي يترتب عن التبعية الاقتصادية ما يسمى بالإكراه الاقتصادي.

ثانيا: الضعف المعنوي أو التقني

فبالإضافة إلى الضعف الاقتصادي الذي يعاني منه مستهلك الخدمة في العلاقة التعاقدية مع المورد، فإن هناك ضعف معنوي وتقني يلزم شخصية المستهلك، والذي يسفر عنه انعدام وضعف التوازن في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية، وغياب التوازن ناجم عن العجز الذي يصيب إرادة المستهلك، ويمنعه من الوقوف على حقيقة الإجراءات والشروط التي يلتزم بها بموجب عقد الخدمة الاستهلاكي مع مورد الخدمة⁽²⁾، والتي غالبا ما يرتبها الضعف بالجانب المعنوي والمعرفي والنفسي المتمثل في شخصية المستهلك.

وبالرجوع إلى قانون العقود المغربي، وخاصة قانون تدابير حماية المستهلك في المادة 59 منه فنجدتها قد قررت البطلان القانوني لعقود الاستهلاك الناتجة عن استغلال ضعف أو جهل المستهلك، غير أن هذه المادة لم تحدد طبيعة الضعف أو الجهل مما ترك الباب مفتوحا للتقدير القضائي.

ولكن يبقى هذا المقتضى ذو أهمية بالغة في حماية المستهلك وضمان عدم استعمال المورد لتفوقه الاقتصادي بشكل تعسفي، لاسيما إذا ما تم استثماره في حماية المستهلك،

¹ - يوسف الزوجال، المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات، عقد التأمين نموذجا، مرجع سابق، ص 92.

² - مهدي منير، مرجع سابق، ص 59.

ليتوسع معنى الضعف المادي إلى الضعف المعنوي، كالضعف الثقافي والأمية وعامل السن وعدم معرفة لغة العقد.

ويعتبر استغلال الضعف المعنوي والمادي والتقني لمستهلك الخدمة، بأنه أمر نفسي، حيث ينتج الاختلاف التعاقدى عن استغلال الطيش البين والهوى الجامح من طرف المهني، بحيث لا تتوازن في هذا العقد التزامات أطرافه⁽¹⁾.

وبخصوص الضعف التقني فإنه يعتبر أهم مبرر للتدخل التشريعي لحماية المستهلك، ويتمثل هذا الضعف التقني إما في ضعف التجربة أو الخبرة أو الكفاءة أو الحاجة⁽²⁾.

ثالثاً: تقرير جزاء قانوني لاستغلال ضعف مستهلكي الخدمة

أمام مظاهر القصور التي بدأت تظهر على قواعد قانون الالتزامات والعقود بخصوص حماية الطرف الضعيف، والتي كانت تنبني في الغالب على المبادئ التقليدية لقانون العقود كعيوب الرضا، ولاسيما نظرية الغبن الاستغلالي التي تستشف من تطبيق روح الفصل 54 من ق.ل.ع وبخصوص الحالات الأخرى المشابهة لحالات المرض⁽³⁾,

¹ - محمد شليح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: أسسه مظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 1982-1983، ص 180.
- شكري أحمد السباعي، نظرية بطلان العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود، الطبعة الأولى، الرباط، 1971، ص 310.

² - يوسف الزوجال، المنظومة الحمائية للمستهلك، مرجع سابق، ص 97.
³ - ينص هذا الفصل على أنه "أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقرير القضاة" كما أن هذا الفصل أثار أشكالاً وجالاً فقهيًا وقضائياً فعلى المستوى الفقهي فإن الاتجاه الأول يذهب إلى اعتبار الفصل 54 من ق.ل.ع.م يشكل خطراً على التعامل بين الأفراد داخل المجتمع، وخطورته تتجلى في السلطة التقديرية الواسعة التي يخولها للقاضي، وهي سلطة من شأنها أن تعرض التعامل العقدي للاهتزاز، أو تمس بمبدأ استقرار المعاملات مادامت حدود الحالات الواردة في هذا الفعل غير واضحة وغير محدودة.
الاتجاه الثاني: فنجد أنه لا يتعامل مع الفصل 54 من ق.ل.ع.م إلا بعد تأويله على أنه يتضمن نظرية الغبن الاستغلالي. وهو نفس الأمر الذي تأثر به العمل القضائي، حيث برز اتجاه متمسك بالنص وتمثله محاكم الموضوع. أما الاتجاه الثاني فيستبعد تطبيق النص، أو على الأقل تأويله بما يقيد سلطة القاضي وإخضاعها لرقابة محكمة النقض، المجلس الأعلى سابقاً.

لمزيد من التفصيل في هذا الإطار يمكن الرجوع إلى:

حيث إن الطرف المتعاقد الضعيف تكون له إمكانية طلب إبطال العقد الذي يتضمن شروطا تعسفية أدت إلى إلحاق غبن استغلالي، خاصة إذا ما اعتبرنا عدم دراية المستهلك المتعاقد بالخبايا الفنية والقانونية أو الاقتصادية بأنها حالات مشابهة لحالات المرض المنصوص عليها في الفصل 54 من ق.ل.ع.م.⁽¹⁾.

بالإضافة إلى الفصل 54 من ق.ل.ع.م نجد الفصل 878 من ظهير الالتزامات والعقود الذي ينص على أن "من يستغل حاجة شخص آخر أو ضعف إدراكه أو عدم تجربته فيجعله يرتضي من أجل الحصول على قرض أو لتجديد قديم عند حلول أجله، فوائد أو منافع أخرى تتجاوز إلى حد كبير السعر العادي للفوائد وقيمة الخدمة المؤداة، وفقا لمقتضيات المكان وظروف التعامل يمكن أن يكون محلا للمتابعة الجنائية، ويسوغ إبطال الشروط والاتفاقات المعقودة بمخالفة حكم هذا الفصل بناء على طلب الخصم بل حتى من تلقاء نفس المحكمة، ويجوز إنقاص السعر المشترك ويحق للمدين استرداد ما دفعه زيادة على السعر الذي تحدده المحكمة على أساس أنه دفع ما ليس مستحقا عليه".

وتعد هذه المادة التي تنظم الغبن الاستغلالي في مجال عقد القرض أول تطبيق قانوني النظرية الاستغلال⁽²⁾ على عقود الخدمات في قانون العقود المغربي، وهو عقد القرض الذي ربط بين المقرض كطرف ضعيف والمقرض (البنك) كطرف قوي.

- أحمد الدريوش: المرض كسبب لإبطال التصرف القانوني، بحث في أصول وأصالة الفصل الرابع والخمسون من ق.ل.ع.م، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، طبعة 2016، ص 23 و 24.

ينظر أيضا: العربي الشاذلي، حماية الرضا بين النظرية الكلاسيكية والحديثة في التشريع المغربي والمقارن، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998-1999، ص 53.

¹ - إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 3، وجدة، 2001، ص 75.

² - العربي مياد، إشكالية التراضي في عقود الإذعان، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2001-2000، ص 619.

وهو في نظرنا من أهم عقود الاستهلاك الخدماتية المتعامل بها في الوقت الراهن، في المجتمع المغربي بحكم دخول ثقافة الاستهلاك ضمن تعامل شريحة واسعة من مكوناته ولاسيما ذوي الدخل المحدود.

وتعد هذه المادة التي تنظم الغبن الاستغلالي في مجال عقد القرض من أهم المواد التي ينص عليها ظهير الالتزامات والعقود من حيث أهمية القواعد التي تحمي المقترضين، فضلا عن الحماية الجنائية وإنقاص السعر المشروط، واسترداد المدين للمبالغ غير المستحقة يمكن للمقترض أن يطلب إبطال الشروط والاتفاقات المخالفة لهذه المادة.

ورغم أهمية هذه المادة وحمولتها الحمائية للمتقاعدين فإنها لا تستهدف سوى المتعاقد المقترض⁽¹⁾ ولا تميز بين المتعاقد المستهلك أو غيره، فهي مادة عامة يمكن اللجوء إليها من طرف جميع المتقاعدين الذي رأى نفسها متضررا من العقد.

غير أنه بالرجوع إلى القانون 31.08 بصفته قانونا مكملا للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك⁽²⁾، حيث جاء بمقتضى حمائي يقوي من المركز التعاقدي للمستهلك، كما أن مورد الخدمة سيضع الفصل 59 من قانون 31.08 في الحسبان عند التعاقد، والذي ينص على أنه: "يقع باطلا بقوة القانون كل التزام نشأ بفعل استغلال ضعف أو جهل المستهلك مع حفظ حقه في استرجاع المبالغ المؤداة من طرفه وتعويضه عن الأضرار اللاحقة".

¹ - وهو ما أشارت إليه ديباجة قانون 31.08 حيث جاء فيها : أن قانون 31.08 يعتبر إطارا مكملا للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك، ومن خلاله يتم تعزيز حقوقه الأساسية ولاسيما منها:

- الحق في الإعلام - الحق في حماية حقوقه الاقتصادية

- الحق في التمثيل - الحق في التراجع - الحق في الاختيار.

² - إن نظرية الاستغلال في ظل القواعد العامة للتعاقد تنبني على عنصرين:

- العنصر المادي: ويتمثل في اختلال التعادل بين الأداءات، اختلالا فادحا بحيث يكون هناك تفاوت كبير بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه.

- العنصر النفسي: وهو أن يجيء الاختلال الفادح في التعامل نتيجة استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح في الطرف المغبون. انظر: قرار المجلس الأعلى رقم 1625، ملف مدني عدد 86/1682 ، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 139، دجنبر 1988 ، ص 101.

والملاحظ على هذه المادة أنها اقتصرت على العنصر النفسي وهو العنصر الثاني لنظرية الاستغلال في ظل القواعد العامة⁽¹⁾.

حيث حصر مختلف حالاته في مفهومين شاملين لعدد كبير من الحالات وهما الضعف والجهل.

والجديد كذلك أن المشرع المغربي لم يشترط أن يكون هناك اختلال فادح في التزامات الطرفين خلافا لما عليه الوضع في القانون المقارن حتى يتم إبطال العقد بسبب الضعف والجهل، كما قرر جزاء البطلان على استغلال ضعف المستهلك، وليس إبطال العقد، حيث هناك تشدد في الجزاء المدني.

والبطلان كما عرفه الأستاذ شكري السباعي⁽²⁾ "وَضَف يَلْحَقُ بِالتَّصَرُّفِ الْقَانُونِيِّ لَعَيْبٍ فِيهِ وَيَحْرِمُهُ مِنْ آثَارِهِ عَلَى أَسَاسٍ أَنْ تَوْخَذَ لَفْظُ الْعَيْبِ بِمَعْنَاهَا الْوَاسِعَ، أَيْ كُلَّ خَلَلٍ يَلْحَقُ الْعَقْدَ فَيُعْيِيهِ سِوَاءَ كَانَ هَذَا الْخَلَلُ تَخْلَفَ أَحَدَ أَرْكَانِ الْعَقْدِ أَوْ تَخْلَفَ شَرْطَ مِنْ شُرُوطِ صَحَةِ الرِّضَا"، أما الفقه الفرنسي فقد اعتبره بمثابة الجزاء المدني الذي يلحق التصرفات القانونية لعدم استكمال عناصرها في مرحلة تكوين العقد⁽³⁾.

وفي الأخير فإن تقرير المشرع للبطلان في الفصل 59 من قانون 31.08 الذي يقضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك هو توجه نحو تقوية المركز التعاقدى لمستهلك، كما أن المستهلك يستفيد وبخلاف القواعد العامة من عبئ آليات الضعف، لكون هذا الفصل من النظام العام يمكن للقاضي أن يثيره تلقائيا.

غير أن المادة 59 من قانون 31.08 وإن كانت تحمل مقتضى متقدما في الحماية المدنية للمستهلكين بصفة عامة ومستهلكي الخدمات بصفة خاصة، فإن التساؤل الذي

¹ - كما ان القانون المدني الألماني أيضا كان يحصر تطبيق نظرية الاستغلال فقط في عقد القرض، غير أنه قام بمقتضى القانون الصادر في 19 يونيو 1983 بتعميم النظرية على كل تصرف يختل فيه التوازن بين الأداءات، نزهة الخدي، مرجع سابق، ص 213.

² - أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 11، كذلك العربي الشاذلي، مرجع سابق، ص 34.

³ - la nullité n'est pas un état organique de l'acte juridique, mais une sanction des règles qui régissent la formation des actes juridique. Voir :GHESTIN (J), la notion d'erreur dans l'acte juridique, thèse, Paris, 1961, p 626.

يطرح كيف يمكن التوفيق بين مصلحة المستهلك الخدمة الذي يكون في حاجة ماسة للخدمة محل عقد الاستهلاك الخدماتي الذي استغل المورد ظروف الضعف التي يوجد عليها المستهلك، وبطلان عقد الخدمة المتضمن للشرط التعسفي المبرم في وضعية الضعف؟.

إن الأمن التعاقدي للمستهلك ينبغي على توفير فضاء تعاقدى آمن وعادل للمستهلك وحفظ حقوقه ومصالحه في العقد الذي عزم على إبرامه، وبالتالي فإن تقرير البطلان يجب أن لا يكون مطلقا وإنما يجب أن يتوقف على مدى رغبة المستهلك الخدمة في استمرار العقد، خاصة إذا كان مورد الخدمة يستفيد من وضعية الاحتكار الفعلي أو القانوني، لذا نرى أن يتم تعديل المادة 59 على النحو التالي: يقع باطلا بقوة القانون كل التزام نشأ بفعل استغلال ضعف أو جهل المستهلك ما لم يكن المستهلك في حاجة إلى استمرار العقد فيقرر بشأنه القابلية للإبطال.

ويجب على المورد إرجاع المبالغ المؤداة من طرف المستهلك مع تعويضه عن الأضرار اللاحقة به.

وحرصا على فعالية قواعد حماية المستهلك فإن المشرع رتب على مخالفة أحكام المادة 59 من قانون حماية المستهلك، عقوبة في إطار المسؤولية الجنائية نصت على المادة 184 من قانون 31.08، والمتمثلة في عقوبة حبسية من شهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 1200 إلى 50.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وذلك دون الإخلال بأحكام الفصل 552 من القانون الجنائي.

وإذا كان المورد شخصا معنويا، فإن العقوبة هي الغرامة المتراوحة بين 50.000 درهم إلى 100.000 درهم، وحسن ما فعل المشرع المغربي لما شدد العقوبة المالية بالنسبة للمورد الشخص المعنوي لأن هذه الآلية فعالة في مجال الأعمال، حيث يكون المهني حريص على عدم استغلال وضعية الضعف لدى المستهلك، وهي آلية وقائية لتقوية الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات.

الفقرة الثانية: أسس المبدأ لا توفر التوازن العقدي في شروط عقد الخدمة

الاستهلاكي

تتبنى النظريات القانونية للعقود في ظل المذهب التقليدي، والتي تأثرت بها التشريعات المتشعبة بالفلسفة الفردانية والحرية الاقتصادية، على مبدأ سلطان الإرادة وما يتفرع عنه من نتائج عقدية، غير أن الواقع العملي قد أثبت بما لا يدع مجالاً للشك، أن افتراض حرية الإرادة واعتبارها أساساً للقوة الملزمة للعقد، يقود إلى ترك الطرف الأكثر قدرة وكفاءة يفرض شروطه، ويشكل بنود العقد دون تدخل من الطرف الأقل قدرة وكفاءة أي الطرف الضعيف⁽¹⁾.

حيث إن تأثير الليبرالية الاقتصادية أفرز انقسام المجتمع إلى فئتين، الموردين المهنيين للسلع والخدمات، والذين يمثلون الطرف القوي في العلاقة العقدية التي تجمعهم مع طرف متعاقد، آخر هو طرف يغلب عليه الضعف الاقتصادي والتقني والنفسي وهو المستهلك، حيث يكون هذا الأخير تحت رحمة وشروط مفروضة من طرف المهني، ولا يكون لهذا المستهلك إلا القبول والانصياع لهذه الإرادة والشروط دون مناقشة.

كما أن التطور التكنولوجي خصوصاً في مجال الاتصالات والمعلومات، وما صاحبه من تعاقد بوسائل الاتصالات الحديثة عن بعد، انعكس إيجاباً على تطور المعاملات الاقتصادية، والذي جعل بدوره مفهوم سلطان للإدارة ينكمش وينحل في ظل بروز عقود معدة سلفاً⁽²⁾.

ويرجع مصدر قصور مبدأ سلطان الإرادة في إعادة التوازن لعقد الخدمة الاستهلاكي، إلى المرتكزات التي يقوم علماً المبدأ وهو مرتكز الحرية التعاقدية (أولاً)، ومرتكز القوة الملزمة للعقد (ثانياً).

¹ - سعدون ياسين: أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الوضعي، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو- السنة الجامعية 2017-2018، ص 10.

² - البشير الرحوتي، أثر التحولات الاقتصادية على العقد، مرجع سابق، ص 18.

أولاً: مرتكز الحرية التعاقدية

تعتبر الحرية التعاقدية أول قاعدة تستخلص من مبدأ سلطات الإرادة⁽¹⁾، ومقتضاه أن الأفراد أحرار في أن ينشئوا ما شاءوا من العقود، وأن يضمنوها الشروط التي يرتضونها، وأن يرتبوا عنها ما أرادوا من آثار، وذلك دون الالتزام بشكليات معينة، ولا يجوز للقانون أن يتدخل إلا في حدود ما يضمن احترام النظام العام والآداب، أي في النهاية ضمان حرية الآخرين⁽²⁾.

وفي ضوء هذا المفهوم التقليدي لمبدأ سلطات الإرادة، يصبح من غير الممكن بحسب الأصل تدخل أي شخص من غير المتعاقدين لتعديل مضمون العقد، ذلك أن تحديد هذا المضمون رهن إرادة المتعاقدين، كما أن العقد لا يمكن أن يكون إلا عادلاً⁽³⁾، حيث أن تقدير هذه العدالة يرجع لإرادة المتعاقدين، ولا يمكن تقييمه بمنظور اجتماعي أو عن طريق أي شخص من غير أطراف التعاقد، حتى لو كانت هذه الجهة السلطة القضائية أو التشريعية⁽⁴⁾.

ويترتب على فكرة العدالة المجردة أن المساواة لا ينظر إليها بمنظور اجتماعي، وإنما العبرة بالمساواة الذاتية النابعة عن إرادة الشخص نفسه، بحيث يكون في مركز قانوني يخوله أن يلتزم ومدركا نتائج تعاقد، والذي يفترض أن يكون مميزاً لآثار تصرفه، والتي لا يعقل إلا أن تعود عليه بالنفع المجرد من القياس المادي الصرف.

ويترتب على فكرة المساواة الذاتية تركيز التعادل بين المتعاقدين في مركز الطرفين بدل من موضوع الالتزامات، حيث يكون العقد عادل بمجرد صحة إرادة الطرفين من عيوب الرضا، ويشكل بذلك قرينة قانونية على التعادل في الالتزامات، وبما أن العدالة

¹ - Chardin. Nicole, le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté. L.G.D.J, 1988, P 42.

² - محمد الشرقاني، نظرية العقد: دراسة في ق.ل.ع وأحكام القضاء والتشريع المقارن، منشورات الجامعة المغربية، الطبعة الأولى، 1996، ص 57.

³ - هناك مقولة للفقيه Fouillé مفادها "من قال عقداً قال عدلاً"، لمزيد من الاطلاع حول هذا المبدأ يمكن الرجوع إلى الفقيه المغربي محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مرجع سابق، ص 95.

⁴ - سعدون يماني، مرجع سابق، ص 1.

المجردة تتناول اختلافات وضعية الأطراف خلال تكوين العقد فقط، فإنه بعد تكوينه صحيحا يستبعد كل إمكانية التدخل لتحقيق التوازن العقدي، الذي قد حسم فيه أطراف العقد أنفسهم، بمعنى آخر فقدان توازن الانطلاق يبرر تدخل القانون، أما فقدان توازن النتيجة فيتحمله المتعاقدان، ومهما كانت النتيجة إذن فلا يصح أن يحتج بأن الشروط التي اشترطها أحد المتعاقدين جائزة، مادام قد رضي بها فلا قيمة في العقد للتعاقد بين الشئيين المتبادلين، فالأصل في الإنسان هو الحرية واستقلال الإرادة مادام يتمتع بالأهلية الكاملة، ولا يكون ضحية غلط أو إكراه أو غش، لذلك لا مجال لتحديد الإرادة وتقييدها بحجة التضامن الاجتماعي، أو التعسف في استعمال الحق، أو قواعد العدالة أو النظام، لأنه لا شيء أحق بالرعاية من سلطان الإرادة وحرية الفرد واحترام متطلباته⁽¹⁾.

وقد حاول بعض الفقه تأسيس التوازن العقدي على بعض النظريات التقليدية المستوحاة من مبدأ سلطان الإرادة، غير أن الواقع العملي أفرز عدم توافر التساوي بين طرفي العلاقة التعاقدية في إطار المساواة المفترضة، وكما أن نظرية عيوب الرضا لا تنطبق عليها نظرية عدم التوقع المستحدثة نتيجة تطور الأوضاع الاقتصادية.

لذا أصبح من الضروري البحث عن معالجات قانونية جديدة، تكفل الحماية اللازمة للمستهلك في مرحلة إبرامه عقدا مع المحترف، سواء بإيجاد قواعد قانونية خاصة أو من خلال تطوير القواعد العامة الواردة في التشريعات المدنية، وكذا إيجاد نظام قانوني جديد يكفل الحفاظ على التوازن العقدي.

ثانيا: القوة الملزمة للعقد

المقصود بمبدأ القوة الملزمة للعقد، أن المتعاقد يلتزم بتنفيذ العقد وفقا لمضمونه، تطبيقا لإرادة المشرع المغربي الذي نص على هذه القاعدة بمقتضى الفصل 230

¹ - نزهة الخدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية، عقد البيع نموذجا، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال- الرباط، السنة الجامعية 2004-2005، ص 84.

ق.ل.ع.م، والذي يقابل المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾، بمعنى أنه لا يجوز لأي من المتعاقدين أن ينفرد بتعديل العقد أو إلغائه، حيث لا تستطيع إرادة واحدة أن تلغي أو تعدل ما توحدت عليه أكثر من إرادة⁽²⁾.

ومعنى ذلك أن للعقد قوة ملزمة اكتسبها من إرادة المتعاقدين، ومن ثم فإن الحقوق والالتزامات التي تتبع من الحرية المعطاة للفرد في تحديد مضمون العقد تكون واجبة التنفيذ دون نقص أو تعديل، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك أو للأسباب التي يقررها القانون⁽³⁾.

ويكون للالتزام الناشئ عن العقد نفس الأثر من حيث قوته للالتزام الناشئ عن القانون، وبما أن الفرد لا يجوز له أن يتحلل من التزام فرضه القانون كذلك، لا يجوز للمتعاقد أن يتحلل من التزام أنشأه عقد كان طرفاً فيه⁽⁴⁾.

وقد جاء هذا المبدأ كنتويج للأفكار الفلسفية والنظريات الاقتصادية والقانونية التي سادت في القرن الثامن عشر⁽⁵⁾.

فالعقد وإن لم تكن له عمومية القاعدة، إلا أن له قوته الملزمة التي تجد مصدراً لها في الإرادة، والتي تمنع القاضي من تأويله أو تفسيره إلا من باب البحث عن حقيقة إرادة عاقيه⁽⁶⁾، وهو ما تضمنه الفصل 462 من ق.ل.ع.م، فلا يجوز له إعمال مفهومه

¹ - L'article 1134 code civil français dispose : les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits, elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise.

² - عبد الرحمن الشرقاوي، القانون المدني، دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، منشورات فريق البحث في تحديث القانون والعدالة، مطبعة أبي رقرق، الطبعة الأولى، 2012، ص 299.

³ - سعدون ياسين، مرجع سابق، ص 212.

⁴ - محمد الشرقاني، نظرية العقد، دراسة في قانون الالتزامات والعقود وأحكام القضاء والتشريع المقارن، منشورات الجامعة العربية، الطبعة الأولى 1990، ص 59.

⁵ - محمد شليح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مرجع سابق، ص 75 وما بعدها.

⁶ - وهو ما يشير إليه الفصل 462 من ق.ل.ع.م حيث نص على ما يلي: "عندما يكون للتأويل موجب يلزم البحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل".

الخاص للعدالة محل إرادة الأفراد، بل هو ملزم بتطبيق العقد كما تم الاتفاق عليه، لأن العدالة في احترام إرادة المتعاقدين⁽¹⁾.

وقد نص المشرع المصري على هذه القاعدة أيضا في الفصل 147 من القانون المدني المصري، والذي جاء فيه: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

وهكذا اتسمت التصرفات القانونية في ظل هيمنة مبدأ سلطان الإرادة على التشريعات المدنية بالمساواة القانونية، وتفترض المساواة في مراكز المتعاقدين بمجرد صحة التراضي⁽²⁾.

وفي ظل التطور الاقتصادي والصناعي الكبير الناتج عن الأفكار القانونية السائدة آنذاك كفيل بتنبية الفقه، إلا أن مبدأ سلطان الإرادة وما يقوم عليه من مرتكزات ومبادئ خاصة حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد، لم يستطع الصمود أمام ما أفرزه هذا التطور من أشكال جديدة في ميدان التعاقد⁽³⁾، وذلك بظهور عقود الإذعان، ونماذج العقود، والتي تعبر وبشكل جلي عن الاستغلال المهني الطرف القوي اقتصاديا لوضعية الضعف، وعدم الخبرة للمتعاقد معه الشخص غير المهني، فأصبح المهني يقوم بصياغة العقد على النحو الذي يراعي فيه مصالحه الاقتصادية بالدرجة الأولى، وتمسكا بالقوة الملزمة للعقد، فكان الطرف الضعيف ملزما بتنفيذه رغم عدم توازنه، ونظرا لهذه القوة الاقتصادية التي يتمتع بها المهني مورد السلعة أو الخدمة، أصبح العقد نموذجيا وموحدا يعده المحترف مسبقا بنفسه بصفة بمنفردة، سواء كان منتجا أو موزعا للسلعة أو الخدمة، يملئ بموجبه إرادته وشروطه المعدة سلفا على كل مشتري يرغب في التعاقد معه⁽⁴⁾.

¹ - نزهة الخدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 88.

² - **Dereux (G), de la nature juridique des contrats d'adhésion**, revue trimestrielle de droit civil, 1910, p 205.

³ - نزهة الخدي، مرجع سابق، ص 89.

⁴ - **GHZAL (J-P), de la puissance économique en droit des obligations**, tome 1, thèse pour l'obtention de doctorat en droit, Université de Pierre Mendès , Grenoble, France , 1996.p .123.

والذي لا يملك مناقشة هذه الشروط أو المفاوضة بشأنها، والذي لم يبق له سوى خيار رفض التعاقد أو الإذعان للعقد، وهو سيدعن لا محالة لما للمحترف من احتكار على السلعة أو الخدمة.

وهكذا أصبح المستهلك محاطا بالعديد من المؤثرات التي أدت إلى تنامي مقومات ضعفه بصورة غير مسبقة، وعلى نحو برر ضرورة العمل على حمايته، من خلال تبني نظريات تأتي كردة فعل على تشبع القانون المدني بمبدأ سلطان الإرادة، الذي لم يترك مجالات ملائمة لتحقيق التوازن بين أطراف العقد، حيث اتخذ الإذعان شكلا جديدا اختلف عن صورته التقليدية، تتمثل في خضوع المتعاقد عديم الخبرة والدراسة للمتعاقد الآخر ذو العلم والمعرفة الواسعة، فيقبل وهو جاهل جوانب هامة متصلة به⁽¹⁾، وهكذا أصبح القول بكفاية الإرادة في تحقيق التوازن المعرفي في العقد أمرا محط شك خصوصا في عقود الاستهلاك، حيث إن الإرادة في العصر الحالي لم تعد معيبة فقط بعيب من العيوب التقليدية للرضا (الغلط، التدليس، الإكراه، الغبن...)، بل أصبحت إرادة غير متكافئة بسبب نقص الخبرة والمعرفة، مما يولد كنتيجة حتمية وجود عقد غير متوازن.

وإذا كان عصيا تحقيق التوازن المكفول في العقود، فإن الأمر استدعى الانتقال من قانون الإرادة إلى إرادة القانون، ومن الإرادة الفردية الحرة إلى تعميم سلطة القانون في كافة مراحل التعاقد، عبر تدخل المشرع في العقد من تكوينه إلى تنفيذه تم تفسيره، انطلاقا من أن العقد يستمد قوته الإلزامية من كونه عقدا عادلا⁽²⁾.

فعدم توازن طرفي التعاقد في التزاماتها المتبادلة يشكل عنصرا موضوعيا لتقدير عدم التوازن، سواء تعلق الأمر بإرهاق المستهلك كطرف ضعيف بهذه الالتزامات، أو ما يطلق عليه بعدم التوازن الظاهر، وفي هذا الصدد يظهر من خلال القانون 08-31

- Voir aussi : Magnan Fabre (M), Droit des obligations, contrat et engagement unilatérale Tome 1, 2^{ème} édition. Thémis, Paris, 2007, p 220.

¹ - علي طوير، ضمانات التوازن العقدي للمستهلك، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، الطبعة الأولى، 2020، ص 358.

² - Ghestin (J), l'utile et le juste dans les contrats, 1982, p 23.

المتعلق بتدابير حماية المستهلك، أن المشرع تبنى معيار وجود اختلال كبير بين حقوق والتزامات أطراف العقد، للقول بوجود شروط تعسفية في العقد، وهو اتجاه يتمشى مع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك لسنة 1995، وهو مسلك وجيه للمشرع المغربي في حماية المستهلك كطرف في علاقة تعاقدية غير متكافئة⁽¹⁾، ويزداد الأمر صعوبة أكثر في عقود الخدمات التي تتسم بالتعقيد التقني والفني، والتي قد يصعب حتى على المستهلك الخبير الإلمام بتفاصيل هذا النمط من العقود الاستهلاكية.

ولاشك أن قواعد الحماية التشريعية المقررة بموجب قوانين الاستهلاك وخاصة القانون 31.08 الذي تبنى نظرية البنود التعسفية، ستضمن حدا معقولا من التوازن في عقود الاستهلاك عموما وعقود الخدمات خصوصا، وهي مؤشرات جيدة في اتجاه تحقيق الأمن التعاقدى للمستهلك.

المطلب الثاني: تبني نظرية البنود التعسفية آلية لاستيعاب الأنماط

الجديثة في التعاقد الاستهلاكي

لقد ساهمت التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها العالم الحديث مع بداية القرن العشرين، في إحداث تغييرات جذرية في العلاقات التعاقدية، فتم الانتقال من النمط التقليدي للتعاقد، حيث هيمنة المفاوضة المباشرة والمساومة بين المتعاقدين الموجب والقابل، وخاصة في عقود البيع⁽²⁾ وتقديم الخدمات، وكذا بسيادة الرضائية في العقود، إلى نمط عصري للتعاقد، وذلك مع ظهور الموجب أو البائع المهني صاحب السلعة أو الخدمة ليس فقط الشخص الطبيعي، وإنما الشخص المعنوي أي المقولة، هذا الأخير وبفضل نمو الاقتصاد وازدياد الطلب على إبرام العقود من طرف الأشخاص، ظهرت العقود النموذجية **contrat type** ذات الشروط المماثلة الجاهزة والنهائية التي أعدها

¹ - علي طوير، مرجع سابق، ص 363، انظر كذلك: نزهة الخدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية-عقد البيع نموذجا-، مرجع سابق، ص 89-90.

² - عبد الحق الصافي، عقد البيع، دراسة في قانون الالتزامات والعقود والقوانين الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1998، ص 38.

المهنيون، نظرا لتفوقهم الاقتصادي والفعل، تتضمن شروط مسبقة وليس للطرف القابل الزبون أو المستهلك كطرف ضعيف إلا الرضوخ إليها.

كل هذا في ظل ظروف سيادة مبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي فإن المهني وتمسكا منه بالقوة الملزمة للعقد يدرج بكل حرية الشروط التعسفية في العقود التي يبرمها مع المستهلكين، مما نجم عنه في الواقع التعاقدي عقود تتضمن شروط مجحفة وهي عقود مختلة وغير متوازنة لفائدة المهنيين على حساب المستهلك، ولم يكن لهذا الأخير سوى القبول بهذه البنود كاملة أو رفض العقد برمته، ومع تأثر التشريعات بفلسفة وحماية المستهلك ومن بينها التشريع المغربي، عمل هذا الأخير على تبني نظرية البنود التعسفية لمواجهة الاختلال العقدي في عقود الاستهلاك، ولمواجهة الاختلال الذي عجزت عن معالجته القواعد العامة في التعاقد الإذعاني (الفقرة الأولى)، ثم التعاقد بواسطة العقود النموذجية (الفقرة الثانية)، كما هو الحال في عقود الاستهلاك الخدماتية، وذلك كله بهدف تحقيق التوازن العقدي كإحدى أسس الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات.

الفقرة الأولى: التعاقد الإذعاني كمصدر للاختلال العقدي

أصبح اللجوء إلى عقود الإذعان قاعدة عامة في العلاقة العقدية بين المهنيين والمستهلكين⁽¹⁾، سواء تعلق الأمر بعقود استهلاك بيع سلع أو تقديم خدمات، وعقد الإذعان هو العقد الذي يتم دون مناقشة ولا مساومة بين الطرفين، بحيث يستطيع أحدهم بحكم وضعه الفعلي أو القانوني، أن يفرض على غيره من أطراف العقد شروط الاتفاق في جملتها دون أن يكون من حقهم مناقشتها أو تعديلها⁽²⁾، بل لا يكون أمام سوى

¹ - Labordes (V), les contrats déséquilibrés, Tome 1, PUAM, Aix- Marseille, 2000, p 251.

² - Le contrat d'adhésion : est l'adhésion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties et auquel l'autre adhère sans possibilité réelle de la modifier, voir : Ghestin (J), traité de droit civil, les obligations, le contrat, Formation, 2^{ème} édition, LGDG, 1993, p 68.

ونفس التعريف الذي اعتمدته المشرع الفرنسي في مشروع القانون الصادر بتاريخ 1978/10/10 الذي يعرف بقانون Scrivner، حيث عرف عقد الإذعان بكونه :

« Un contrat Conclu Sur un modèle habituellement proposé par ce dernier et que le consommateur ne peut en fait modifier » Ghestin (J). le contrat, op.cit, p 69.

الإذعان لما يعرض عليه من شروط، وتتميز هذه العقود بمجموعة من الخصائص يمكن إجمالها فيما يلي:

1- أن الإيجاب في عقود الإذعان موجه للعموم وعلى نحو مستمر، أي أن يكون الإيجاب عاما وبشروط واحدة ولمدة غير محددة⁽¹⁾.

2- القبول جملة بمحتوى العقد دون إمكانية مناقشته⁽²⁾.

فالمذعن عموما والمستهلك على وجه الخصوص، ليس له إمكانية لمناقشة بنود العقد وشروطه التي وضعها المتعاقد الآخر، فهو لا يتوفر لا على الوقت، ولا على المعلومات، ولا على الوسائل الضرورية التي تمكنه من مناقشة فعالة ومجدية للعقد، وكذا حاجة المستهلك للخدمة، لذلك ينحصر دوره في إبرام العقد والقبول به كما هو أو عدم إبرامه⁽³⁾، وعادة ما يكون مجبرا على قبوله، خصوصا إذا كان يغطي حاجة ماسة لديه بحصوله على الخدمة المعنية بعقد الاستهلاك⁽⁴⁾.

إن عقد الإذعان هو نتاج مبادرة المورد⁽⁵⁾ أي الموجب (المهني)، وهو الذي يقوم بإعداد مشروعه سواء بصفة انفرادية أو من خلال اتحاد مع مؤسسات تجارية أو اقتصادية مشابهة، مما نجم عنه تهئى إما مطبوعات أو فاتورات أو طلبات بضاعة Bon de commande أو وصولات، وفي جل الأحوال عقودا نموذجية متضمنة لمقتضيات وشروط جاهزة ونهائية، تتميز بترجيح كفة الموجب، على اعتبار أن هذا الأخير استفاد من خبرة مختصين في مجال تقنية تحرير العقود، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لشركات التأمين التي تتوفر على تقنيين وقانونيين، مدركين الثغرات القانونية الكفيلة بضمان التفوق الاقتصادي والتقني لمشغلها⁽⁶⁾.

¹ - العربي مياد، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي دراسة مقارنة محينة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2018، ص 188.

² - Berlioz (G), Le contrat d'adhésion, LGDJ, 1973, p 27.

³ - Ghestin (J), Le contrat, op.cit, p 68.

⁴ - Boudahrain (A) , Le droit de la consommation au Maroc , 1^{ère} édition , Al Madariss, 1999.p90

⁵ - Berlioz, Le contrat d'adhésion, op.cit, p 27.

⁶ - العربي مياد، عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 62.

وقد أضاف الفقيه (G) Berlioz عنصرا إضافي يعتبر مهما في تمييز عقد الإذعان عن غيره من العقود العادية، وهو أن يتم تحديد محتوى العقد كليا أو جزئيا، وبشكل مجرد وعام قبل مرحلة التعاقد⁽¹⁾، لأن استعمال هذا النوع من العقود فرضته الحاجة إلى سرعة المعاملات، الذي يتطلبه مجال الأعمال ولاقتصاد الجهد والوقت.

وبخصوص تحديد مفهوم عقد الإذعان، فقد انقسم الفقه القانوني إلى تصورين مفهوم تقليدي (أولا) ومفهوم حديث⁽²⁾.

أولا: المفهوم التقليدي لعقد الإذعان

فمفهوم عقد الإذعان حسب هذا التصور، هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشته فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق في شأنه، هذا التوجه يربط صفة الإذعان بشرطي الضرورة والاحتكار، حيث يجب أن يكون المورد (الموجب) في موقع اقتصادي خوله احتكارا قانونيا أو فعليا للسلعة أو الخدمة المعروضة، وأن تكون المنافسة بينه وبين باقي الموردين في عرض تلك السلعة أو الخدمة ضيقة النطاق، وهذا العنصر المميز الوحيد الذي ظفر باتفاق يكاد يكون عاما بين الشراح الذين عالجوا هذا الموضوع، ذلك أن هذا الاحتكار هو السبب الوحيد الذي يمكن أحد أطراف العقد من فرض شروطه، بما لا يسمح للطرف الآخر حتى وإن أراد أن يعدل أي شرط من شروط التعاقد أو أن يتحفظ على أحدها، فالاحتكار يعني القدرة على فرض شروط التعاقد مع التيقن من عدم انصراف المتعاقد الآخر عن التعاقد، نظرا لأنه لن يجد بديلا عن المتعاقد المحتكر⁽³⁾، ولن يتمكن من الحصول على محل التعاقد بشروط مختلفة عما يفرض عليه.

¹ - Berlioz (G). le contrat d'adhésion, op.cit, p 27.

² - سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان - دراسة فقهية مقارنة -، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 37.

³ - نزهة الخدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 93.

هذا التوجه المضيق لنظرية الإذعان، وبالتالي من نطاق العقود المشمولة بالحماية للطرف الضعيف من الشروط التعسفية يتزعمه الفقه والقضاء، حيث صدر أول قرار في هذا الإطار عن محكمة النقض المصرية، والتي تولت تعريف عقد الإذعان وتحديد شروطه، فلم تكتف المحكمة للقول بتوافر عقد الإذعان أن يقتصر القبول على مجرد التسليم بشروط الموجب وعدم مناقشتها كما نص على ذلك المشرع المصري في المادة 100 من القانون المدني المصري⁽¹⁾، بل قضت بأن "من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، ويكون فيها الاحتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى كافة الناس بشروط واحدة ولمدة غير محدودة، والسلع الضرورية هي التي لا غني عنها للناس والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائزة أو شديدة"⁽²⁾.

وهكذا نجد أن الفقه⁽³⁾ والقضاء الفرنسي يشترط حتى يعد العقد من عقود الإذعان، وبالتالي شموله بالحماية من البنود التعسفية توافر الشروط التالية:

- أن يتعلق عقد الإذعان بالمصالح الأولية والسلع الضرورية للجمهور.
- أن يقوم الموجب بعرض السلعة على الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محدودة.
- احتكار الموجب للسلع أو الخدمات المعروضة للجمهور.

في ظل هذا الاتجاه الذي حدد عقد الإذعان في ضرورة توفر الخصائص السالفة أعلاه، فإن التساؤل الذي يطرح هو مدى جدوى التمسك بأهداف هذه النظرية بما تسبغه

¹ - نصت المادة 100 من القانون المدني المصري على أن : القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها.

² - نقض مدني مصري بتاريخ 12 مارس 1974، مجموعة المكتب الفني 1، السنة 25، ص 492.

³ - محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك، مرجع سابق، ص 128.

من حماية للمتعاقد بصفة عامة من جانب مستهلك الخدمة، الذي غالبا ما يقع في حبال عقود مسبقة يتم إعدادها وتجهيزها من جانب الموردين، بما لهم من سطوة وخبرة قانونية تأتي من خبراتهم القانونيين التابعين لهم يبدو محل نظر.

لذلك يرى جانب من الفقه⁽¹⁾ أن هذا التوجه اعتنق فكرة ضعيفة ومتشددة لعقود الإذعان، لذا فإن الاتجاه الحديث يسير نحو هجرها إلى فكر أكثر رحابة وتطبيق أكثر مرونة، حتى يستوعب المستهلك بصفة عامة ومستهلك الخدمة بصفة خاصة في نطاق الحماية من الشروط التعسفية.

ثانيا: المفهوم الحديث لعقد الإذعان.

يخلص الاتجاه الحديث⁽²⁾ إلى أن أغلب العقود التي يبرمها المهني أو المورد مع المستهلك (مستهلك الخدمة) هي عقود إذعان، ولا يشترط أن تكون محتكرة أو ضرورية، ولذلك فإن الإذعان يعني الاستخدام المفرط الفاحش- لميزة قانونية⁽³⁾ من خلال تضمينه العقد شروط تعسفية، وكمثال على ذلك أن عقد الهاتف من عقود الإذعان، فعقد الدخول إلى الشبكة في الغالب عقد متفرع من عقد الهاتف بطبيعة الحال، ولذلك يمكن وصف عقد الدخول إلى الشبكة أنه من طائفة عقود الإذعان، لأن العميل مخير فقط بقبول العقد في مجمله وشروطه عن طريق مقدم الخدمة بكافة أجزائه وبياناته، وإما لا يقبله⁽⁴⁾.

ولو سلمنا جدلا بشرط الاحتكار فجدير بالذكر أن المنافسة المحدودة لا تعني غياب الاحتكار إذ يجب التوسع في مفهوم الاحتكار حماية للمستهلك وبالتالي فوجود عدد قليل

¹ - محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني الإثبات الإلكتروني - المستهلك الإلكتروني، دار النهضة العربية ط 1، مصر، 2008، ص 140.

² - محمد إبراهيم بنداري، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون الصادرة عن أكاديمية شرطة دبي، السنة الثامنة، العدد الأول، شوال 1420 يناير 2000، ص 86.

³ - محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني الإثبات الإلكتروني - المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص 128.

⁴ - فؤاد الشعبي، التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصالات، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014، ص 100.

من موردي الخدمات كما هو الحال بالنسبة لشركات الاتصالات تقدم الخدمة مكبلة بالعديد من الشروط في مواجهة المشترك، تجعلنا أمام احتكار سيما وأن مناقشة هذه الشروط خط أحمر، والأمر عينه في شرط الضرورة حيث أصبحت اليوم خدمات الاتصالات ضرورية ومن ضمنها خدمة الدخول إلى الشبكة أو على الأقل في حكم الضروريات التي لا غنى عنها، كما هو الحال بالنسبة للكهرباء والماء، فتطور حياة الشعوب يحول ويوجد حاجات عادية تم تنقلها الأيام إلى ضروريات يصعب الاستغناء عنها.

وقد أبدت بعض المحاكم العربية⁽¹⁾ كما الحال بالنسبة لمحكمة تمييز دبي تحولاً من الاتجاه التقليدي لمفهوم الإذعان إلى المفهوم الجديد وذلك بتقريرها أن "عقد الإذعان يستلزم التسليم والرضوخ من الطرف الضعيف إلى مشيئة الطرف الآخر الذي يكون في مركز يسمح له بأن يملئ شروطه التعسفية"، حيث نجد أن الحكم ترحزح من الضرورية ليشمل مالا تستقيم مصالح الناس إلا به، ومن الخدمة المحتكرة إلى الخدمة التي توجد فيها منافسة محدودة، ثم إن الاحتكار لم يعد معياراً لجعل العقد الإلكتروني عقداً من عقود الإذعان من عدمه⁽²⁾.

وخلاصة القول إن الفقه الحديث كان يرى أن التوسع في تعريف عقد الإذعان والبحث عن مقاربة مرنة معتمدة منهجية قانونية ضرورية يتم عن طريق مد نطاق الحماية والنطاق القانوني لهذه العقود⁽³⁾ على تلك المبرمة بين المهني والمستهلك، وذلك حتى يستفيد المستهلك من الحماية من الشروط التعسفية في ظل نظام قانوني تعاقدى لم يقتبس بعد قوانين حماية المستهلك، ولكن مع تبني التشريعات لقانون حماية المستهلك وكما هو الحال بالنسبة للتشريع المغربي فإن حماية المستهلك من الشروط التعسفية

¹ - حكم محكمة التمييز، دبي بتاريخ 1998/6/28 في الطعن رقم 153/1998 طعن حقوق، أشار إليه فؤاد الشعبي، مرجع سابق، ص 551.

² - نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 800.

³ - إبراهيم عبد العزيز داوود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، مطبعة دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص 60. نفس الموقف ورد أيضاً عند حسن عبد الباسط جميعي- أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق، ص 314.

أصبحت مؤطرة بالقانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، وذلك كيفما كانت طبيعة العقد سواء اتخذ شكل عقد إذعان أو عقد نموذجي *contrat type*.

الفقرة الثانية: التعاقد بواسطة العقود النموذجية

نظرا لمظاهر القصور التي أفرزتها قواعد التعاقد المؤطرة بقانون الالتزامات والعقود -القواعد التقليدية المتشعبة بمبدأ سلطان الإرادة- في حماية التعاقد المستهلك في العصر الحالي، بسبب الواقع العملي والتطورات المتلاحقة في المجال الاقتصادي والتكنولوجي، فقد نتج عن ذلك مسارعة التشريعات إلى التدخل من أجل مواكبة التشريع للحراك الاجتماعي والاقتصادي، وكذا ملاءمة قواعد القانون التعاقدية مع الإجراءات المستحدثة الناتجة عن تكريس العمل بقواعد المنافسة الحرة بين الفاعلين الاقتصاديين.

وقد انخرط المشرع المغربي في هذا الاتجاه بإصدار جملة من القوانين، من أبرزها القانون 31.08 الذي يتعلق بتحديد لحماية المستهلك⁽¹⁾، الذي اعتبر إطارا قانونيا مكمل للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك، وقد استهدف بواسطته توفير مقتضيات حامية للمستهلك في مجال التعاقد، سواء كان مستهلك سلع أو خدمات، من خلال تبني نظرية البنود التعسفية كأساس لتحقيق التوازن العقدي، وبالتبعية تعزيز الأمن التعاقدية، وذلك لمواكبة الحركية التعاقدية في مجال المعاملات، من خلال سيادة ظاهرة الشكالية (الكتابة) على الرضائية والعقود الشفهية، حيث دأبت مجموعة من الشركات الاحتكارية وغير الاحتكارية على اعتماد العقود النموذجية *les contrat types* كأرضية للتعاقد، وهي وسيلة وإن كانت تضمن المساواة بين المستهلكين بما تحتويه من شروط موحدة⁽²⁾، فإنها لا تخلو من شوائب ولاسيما إذا تضمنت شروطا تعسفية.

¹ - نظرا للانفتاح الاقتصادي الذي اتبعه المغرب، فقد قام المشرع المغربي بمواكبة هذا الانفتاح، بمجموعة من القوانين المهمة التي تهتم مجال حماية المستهلك والأعمال، وهي على النحو التالي: قانون زجر الغش في البضائع سنة 1984، قانون حرية الأسعار والمنافسة سنة 2000 والذي عدل م بموجب القانون رقم 12-104، ثم قانون رقم 15.09 المتعلق بتدابير الحماية التجارية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.44 بتاريخ 2 يونيو 2011. وكذلك القانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات وببتميم الظهير الشريف بمثابة قانون الالتزامات والعقود الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.140 بتاريخ 17 غشت 2011، ثم القانون 32.10 يتم بموجبه القانون 15.95 المتعلق بمدونة التجارة.

² - العربي محمد مياذ، عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 354.

ونموذج العقد ليس عقدا بالمعنى المتعارف عليه في القانون المدني⁽¹⁾، بكونه اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص أو أكثر اتجاه شخص آخر أو أكثر، على إعطاء أو على القيام لعمل أو الامتناع عن عمل، كما عرفته المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي.

وبصفة عامة توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه⁽²⁾، وإنما هو مجرد نموذج *une simple formule* معد سلفا من طرف شخص مهني يعرضه على العموم يكون صيغة للعقود المحتملة، وهو معد مسبقا من طرف أحد الأطراف ويوقع من قبل الطرف الآخر، دون إمكانية مناقشة بنوده أو التفاوض بشأنها.

ولقيام نموذج العقد لابد من توافر ثلاثة عناصر وهي كالتالي:

- 1- أن يوجه العقد للعامة، أي لعدد غير محدد من الأفراد لا لشخص معين بذاته.
- 2- أن يعد العقد مسبقا من أحد الأطراف الذي يتعين أن يتمتع بمقدرة نافذة على التعاقد.
- 3- يتعين أن يقبل الطرف الآخر الإيجاب، كما ورد من الطرف القوي ولا يحق للطرف الضعيف المفاوضة على بنوده فهو إما أي يقبل أو يدع⁽³⁾.

وإذا كان نموذج العقد يلتقي مع عقد الإذعان في كون كل منهما يعد مسبقا من جانب الطرف القوي، لتوفير طلب ملح على السلع أو الخدمات للطرف الضعيف، فإنه لا يختلف عنه في كونه لا يشترط فيه أن تكون السلعة أو الخدمة موضوع التعاقد ضرورية وحيوية بالنسبة لعموم الناس، ولا يشترط فيه أن يكون طرفه القوي يتمتع باحتكار فعلي

¹ - Atias Christian, qui 'est-ce qu'un contrat ? Droit et économie des contrats, sous la direction de Christophe Jammin, LG.DJ, 2009, p 3.

² - Berlioz (G) : Le contrat d'adhésion, L.G.D.J, Paris , 1973, p34

³ - أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، السنة السادسة عشر، مارس، 1992، ص 246.

أو قانوني للسلعة أو الخدمة، طالما كان موزعوها متوافقين في فحوى بنود نماذج عقودهم.

وحيث إن الطرف المهني هو الذي يستأثر بتحرير نماذج العقود، فإنه يقوم بصياغتها بشكل يحقق مصلحته ويحميها، بتضمينها بنودا بعضها مفهوم من طرف المستهلك والبعض الآخر غير مفهوم، نظرا لخبرته الطويلة في إنتاج العقود والدراسات المنجزة على أثارها، ناهيك على طريقة تقديم العقد وطريقة الكتابة، مع اعتماد طريقة الإخفاء للشروط الأساسية داخل العقد النموذجي، وإبراز الشروط والبنود الثانوية، مما يجعل المتعاقد الضعيف بصفة عامة والمستهلك بصفة خاصة يقع في شباك علاقة تعاقدية غير متكافئة.

وكمثال على ذلك في عقود الاستهلاك الخدماتية، عقد الاشتراك في منظومة الاتصالات بمختلف أصنافها والذي يتخذ الشكل التالي:

أولاً: الشروط العامة للاشتراك في الخدمة الهاتفية وتتكون من مجموعة من العناصر وكل عنصر يتضمن عدة بنود:

أولاً: الموضوع: وينص في بنده الوحيد على أنه يحدد هذا الالتزام الشروط العامة لمنح اشتراك هاتفي دائم.

- تركيب الخط الهاتفي
- التسجيل في دليل المشتركين
- مدة الالتزام
- التعريف
- الفترة
- نظام العد
- حالة عدم الأداء

ثانياً: التزامات ومسؤوليات المشترك

ثالثاً: إلغاء الاشتراك

رابعاً: الاختصاص القانوني

خامساً: أنا الموقع أسفله السيد أصرح بقبول الشروط العامة للاشتراك في الخدمة الهاتفية والتزم بدون تحفظ باحترام القوانين المنظمة لخدمات الاتصال.

مع تضمين نموذج العقد الصيغة التالية: اطلعت عليه وقبلته ثم التوقيع.

ومن خلال التمعن في هذه البنود العقدية نستنتج ما يلي:

- أن تقنية إعداد مجمل هذه الشروط المتعلقة بالعقد النموذجي تعتمد على تقنية مدروسة بعناية وتراتبية ومنطقية، رغم ما يشوبها من ركافة في الأسلوب بحكم الترجمة المعيبة للعقد الأصلي المحرر باللغة الفرنسية.
- أن جميع البنود الواردة في العقد النموذجي ذات مضمون خطابي في اتجاه واحد من المورد إلى المستهلك المشترك، وتتناول فقط التزامات المشترك دون أن تتناول أي التزام للمورد، وبالتالي فقد تراعى في صياغة هذا العقد مصلحة المورد، وكذا الشروط الجزائية المترتبة عليه في الحالة التي يخل بالتزاماته، وفي غياب تام لمسؤولية المورد في حالة التنفيذ المعيب، كضعف جودة الخدمة، كما هو الحال في عقد خدمة الاتصالات، حيث تتداخل الخطوط والمكالمات ولاسيما في أوقات الذروة، وخلال الأعياد حيث تنقطع الخطوط أو تتعطل مؤقتاً، وكذلك في الحالة التي تستغل الأرقام من طرف المقاولات التجارية، ويتم الاتصال بالرقم الخاص من أجل تصريح وإشهار المنتوجات سلعا أو خدمات بالنسبة للهاتف المنقول.

وفي الأخير فإن هذه العقود النموذجية في ظل مبدأ سلطان الإرادة والقواعد العامة لقانون الالتزامات والقوة الملزمة للعقد، لم يكن لمستهلك الخدمة من خيار سوى التوقيع على نموذج العقد والالتزام بتنفيذه، رغم كثرة الشروط التعسفية التي تثقل المستهلك المتعاقد بمجموعة من البنود التعسفية، لكنها اليوم أصبحت تدخل ضمن العقود المشمولة

بالحماية من البنود التعسفية، ويمكن طلب إلغاء أي بند تعسفي والمنازعة فيه أمام القضاء.

المبحث الثاني: شمول عقود الخدمات بالحماية من البنود التعسفية.

إذا كان المشرع المغربي قد تبنى نظرية البنود التعسفية في قانون العقود، باعتبارها آلية لتحقيق التوازن العقدي بين طرفين غير متكافئين، وخاصة في العقود الاستهلاكية، وذلك لاعتبارات تشريعية واقتصادية ملحة، وتتمثل الغاية التشريعية في مواكبة التشريعات الحديثة في مجال حماية المستهلك، وخاصة في ظل الثغرات القانونية التي اعترت القواعد العامة لقانون التزامات العقود المغربي والمتشعبة بمبدأ سلطان الإرادة، هذا الأخير الذي يقيد من الصلاحيات الممنوحة للطرف الضعيف، وكذا القضاء في التدخل في بنود العقد لإعادة التوازن بين المصالح المتضاربة بين طرفيها، وبما يخدم الحماية للطرف الضعيف المستهلك، وبخصوص الغاية الاقتصادية فانه أمام تبني المشرع المغربي لقانون السوق حيث حرية الأسعار والمنافسة، وازدياد الطلب على الاستهلاك، فقد كان تدخل المشرع المغربي ضروريا لحماية المستهلك في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية بصفة عامة وخاصة في عقود الاستهلاك الخدماتية بصفة خاصة، ونظرا للأهمية الاقتصادية لهذه الأخيرة والطلبات المتزايدة على هذه العقود، وما أبانت عنه الممارسة التعاقدية الحديثة من أنماط تعاقد تغطي عليها الشكليات (عقود نموذجية)، ليبقى التساؤل مطروحا حول نطاق إعمال نظرية البنود التعسفية، وبصيغة أخرى عما إذا كان التنظيم القانوني للشروط التعسفية ينطبق على كل العقود، بغض النظر عن طبيعتها وأطرافها (المطلب الأول)، وكذا شكل العقد وشكل هذه الشروط (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نطاق الحماية من البنود التعسفية بالنظر لطبيعة عقد الخدمة وأطرافه

سنتطرق لنطاق الحماية من البنود التعسفية بالنظر لطبيعة عقد الخدمة في (الفقرة الأولى)، على أن نتولى نطاق الحماية من هذه البنود بالنظر لأطرافه في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: من حيث طبيعة العقد

بالرجوع إلى القانون المقارن وخاصة القانون الفرنسي، نجد أن مشروع قانون 1978 كان يحصر مجال أعمال أحكام الشروط التعسفية في عقود الإذعان، إلا أنه تلك العقود التي اقترح مجلس الشيوخ "le senat" وضع تعريف لها، مفادها أنها اتفاقات يعقدها المستهلك دون مفاوضة أو مناقشة مسبقة لكل الشروط، وطبقا لنموذج أو لنماذج عديدة يستعملها المهنيون عادة، ولكن الجمعية الوطنية الفرنسية ألغت عبارة "في كل عقود الإذعان" من المادة 35 من القانون المذكور⁽¹⁾.

ورسخت هذا المعنى المادة 1/132 من قانون الاستهلاك 1993 وقانون أول فبراير 1995، ومن ثم اتسع نطاق تنظيم الشروط التعسفية لكي يشمل كل العقود بغض النظر، عما إذا كانت من عقود الإذعان أم من العقود الرضائية، أي تمت مناقشتها بحرية طالما أنها تمت بين المهني والمستهلك، وهكذا تنطبق مقتضيات البنود التعسفية على كل العقود أيا كانت طبيعتها (عقود بيع، إيجار، تأمين، قروض... إلخ)، وأيا كان محلها منتجات أو خدمات، ولم يستلزم المشرع أن يتعلق بعقود إذعان⁽²⁾.

وبالرجوع إلى التوجيهية الأوروبية الصادرة في 5 أبريل 1993 والمتعلقة بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، والتي أشارت مادتها 2/3 إلى أنه "الشرط الذي لم يكن موضوعا لمفاوضة فردية، إذا تمت صياغته سلفا دون أن يكون باستطاعة المستهلك

¹ - Stark (B), Roland (H) et Boyer (L). Obligations, contrat 5^{ème} Edition, librairie de la cour de cassation, Paris, 1995. N 677.

² - Calais Auloy (J), Droit de la consommation, Dalloz, 7^{ème} édition, 2006, p 209.

نتيجة لذلك، أن يؤثر في مضمونه وبخاصة في عقد إذعان⁽¹⁾، وهو ما يستنتج منه أن التوجيه الأوروبي قد انطلق من مقدمة واضحة، وهي مد نطاق الحماية بصفة خاصة للمستهلك في من عقود الإذعان، والعلة وراء ذلك في نظرنا هي توافر الصفة المميزة للشروط التعسفي (بما يحدثه من تفاوت ظاهر إخلال بين الالتزامات والحقوق)، وخلافا لما يقضي به مبدأ حسن النية التعاقدية في عقود الإذعان.

ونجد أن بعض القوانين العربية وخاصة القانون المصري، كان موقف مشرعه متقاربا مع أحكام التوجيه الأوروبي الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، حيث أشار المشرع المصري في القانون المدني صراحة إلى خضوع عقود الإذعان لمجال تطبيق الشروط التعسفية، حيث نصت المادة 1119 منه على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي على أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"⁽²⁾، فما هو نطاق تطبيق أحكام البنود التعسفية من حيث العقود في التشريع المغربي؟.

بالنسبة للتشريع المغربي، فقد جاء في المادة الأولى من القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك والتي تنص على أنه: "يهدف هذا القانون إلى تحقيق ما يلي:

- ضمان حماية المستهلك فيما يتعلق بالشروط الواردة في عقود
- الاستهلاك ولاسيما الشروط التعسفية والشروط المتعلقة بالخدمات المالية والقروض الاستهلاكية والقروض العقارية وكذا الشروط المتعلقة بالإشهار

¹ - محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 117.

² - للتعلم في الموضوع حول نطاق الحماية من الشروط التعسفية في القانون المصري يمكن الرجوع إلى: محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2008، ص 25 ينظر كذلك، محمد احمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، مرجع سابق، من ص 125 إلى 140.

وبالبيع عن بعد، والبيع خارج المحلات التجارية"، وبذلك يكون قد اعتمد أسلوب عمومية الحماية من البنود التعسفية حيل جميع عقود الاستهلاك، وهو ما يستفاد من الصيغة المشار إليها "عقود الاستهلاك".

كما أن المادة 15 من نفس القانون والتي تطرقت لتعريف الشرط التعسفي تحدثت عن العقود المبرمة بين المورد والمستهلك بصيغة الإجمال، ولم تتحدث عن طبيعة العقد، وبالتالي فإن أحكام الشروط التعسفية تندرج في مجال يتسم بالسعة والرحابة في التشريع المغربي، إذ يستفيد منها كل متعاقد من طائفة المستهلكين سواء كانوا مستهلكي خدمات أو مستهلكي سلع في تعاقداتهم مع المورد المهني، والتي تشمل جميع أنواع العقود وكيفما كانت طبيعة العقد، فإن مستهلكي الخدمات يستفيدوا من جميع المقتضيات الحمائية الخاصة بمواجهة البنود التعسفية، إذ كيفما كانت طبيعة العقد سواء كان عقد إذعان أو عقد إضافي، المهم أن يكون طرفه شخص مستهلك.

كما أن العقود التي ينطبق عليها تعبير الاستهلاك هي عقود القانون الخاص، أي عقود الخدمات التي تبرم بين الموردين المهنيين وبين المستهلكين بغرض الاستهلاك، وكذلك العقود التي تبرم بين الأشخاص الخاضعين للقانون العام والمرتفقين بشرط أن تكون هذه الأشخاص العامة خاضعة للقانون الخاص، ويتعلق الأمر هنا بالمرافق العامة التي تقوم بنشاط صناعي أو تجاري، كما هو الأمر بالنسبة لعقود الاشتراك في الماء والكهرباء، والتي يكون المكتب الوطني للماء والكهرباء طرفاً فيها، حيث نصت المادة 2 من القانون 31.08 على أن: "يحدد هذا القانون العلاقات بين المستهلك والمورد....".

ويتقيد الأشخاص المغنويون الخاضعون للقانون العام بالالتزامات المفروضة على المورد، مع مراعاة القواعد والمبادئ التي تنظم نشاط المرفق العام الذي يسيرونه⁽¹⁾، ويتعلق الأمر بالمرافق العامة التي تقوم بنشاط تجاري، وكذلك الأمر بالنسبة لعقود الاستهلاك التي يكون طرف فيها أشخاص القانون الخاص المفوض لهم تسيير مرفق

¹ - وينطبق الأمر على بعض المؤسسات العمومية التي أناط بها القانون صلاحية السهر على ممارسة بعض الأنشطة التجارية كتوزيع الماء والكهرباء، كما هو الحال بالنسبة للوكالات المستقلة ذات المجلس الإداري تحت وصاية وزارة الداخلية، كما هو الشأن بالنسبة للوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء ببني ملال وفاس أو مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري أو صناعي كما هو الشأن بالنسبة للمكتب الوطني للماء الصالح للشرب. أو المكتب الوطني للسكك الحديدية.

عام، حيث يتقيد هؤلاء الأشخاص سواء كان شخص طبيعى أو معنوي، بالالتزامات التي يفرضها قانون الاستهلاك على المورد⁽¹⁾.

وبالعكس تستبعد العقود الإدارية التي تدخل في نطاق القانون الإداري، والتي تنعقد بين المصالح العامة الإدارية والجمهور أو المنتفعين "Usagers"⁽²⁾، فالمصالح المذكورة لا يمكن اعتبارها من المهنيين، لأنها تمثل السلطة العامة ذاتها، كما أن التعامل مع هذه المصالح يعني الخضوع من جانب المنتفع للالتزامات وواجبات يتم تحديدها عن طريق السلطة العامة وحدها، كما أن لهذه الأخيرة صلاحية تعديل هذه الالتزامات من حين لآخر⁽³⁾.

وهكذا فإنه عند التعامل مع السلطة العامة صاحبة السيادة (مثل البرلمان، الحكومة، الإدارة.... إلخ)، يكون من الخطأ التمسك بصفة المتعاقد من جانب المرتفق⁽⁴⁾.

وفي الأخير فإن الحماية القانونية التي يربتها التنظيم القانوني للشروط التعسفية في القانون المغربي وعلى غرار القانون الفرنسي لكل عقود الاستهلاك، بغض النظر عن طبيعتها، مادامت في نطاق القانون الخاص، إلا أنها لا تمتد لتشمل كل العقود التي يمثل بعض أحد أطرافها طرفا ضعيفا بالنسبة للطرف الآخر، بل ينحصر نطاقها في العقود التي يكون أحد أطرافها مهنيا والآخر مستهلكا.

فالمقتضيات المتعلقة بالحماية من البنود التعسفية في القانون المغربي، هي آلية وضعت بشكل حصري لفائدة المستهلك، سواء كان هذا المستهلك مستهلك سلعة أو خدمة.

¹ - وكمثال على ذلك شركة ريشال بالرباط أو ليديك بالدار البيضاء.

² - Pizzio (J.P), code de la consommation, 2^{ème} édition, 1996, p 200.

³ - Gridel (J.P), Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 , du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives, Revue Dalloz Sirey, 1984, p 153.

⁴ - حيث يكون من الخطأ التمسك بصفة المتعاقد من جانب طالب الجامعة في المعاملات التي يقوم بها داخل مؤسسات الجامعة، المطعم الجامعي مثلا، أو الشخص الذي يرتاد حمام سباحة لجماعة ترابية، أو المريض في علاقه بالمستشفى العمومي إلخ، فلا يجوز لهؤلاء الأشخاص مادام النشاط المزاوول من طرف هذه المرافق العامة غير تجاري، التمسك بالحماية في مواجهة البنود التعسفية.

الفقرة الثانية: من حيث شكل العقد أو شكل الشروط

بالرجوع إلى المادة 15 من القانون 31.08 وخاصة في فقرتها الثانية التي تنص على أنه: "دون المساس بمقتضيات الفصول 39 إلى 56 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1983) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، تطبق الأحكام المذكورة كيفما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد، وتطبق كذلك بوجه خاص على سندات الطلب والفاتورات وأذن الضمان والقوائم أو أذن التسليم والأوراق أو التذاكر والتي تتضمن شروطا متفاوضا في شأنها بحرية أو غير متفاوض في شأنها أو إحالات إلى شروط عامة محددة مسبقا".

فمن خلال مقتضيات هذه المادة نستنتج أنه لا ترتبط الحماية التي يوفرها التنظيم القانوني للشروط التعسفية بشكل معين من أشكال العقود، فهي تشمل كل العقود أيا كان شكلها ودون اعتبار لما إذا كان الشرط منصوصا عليه في العقد ذاته أو في مستند ملحق به أو مرفق⁽¹⁾.

وهذا يوسع من دائرة الحماية المتوفرة لمستهلكي الخدمات، كما طرح نقاش فقهي خاصة في فرنسا⁽²⁾ حول وجوبية أن يكون الشرط مكتوبا حتى يخضع لأحكام الشروط التعسفية، وهذا النقاش نتج عن الجزاء الذي نص عليه المشرع الفرنسي للشرط التعسفي واعتباره باطلا كأن لم يكن مكتوبا Réputés non écrites.

إلا أنه من المتفق عليه الآن، أن الشرط وإن وجب أن يكون مكتوبا، إلا أن ذلك لا يستلزم أن يكون العقد كله مكتوبا، بل مجرد أن يكون الشرط واضحا، أي أن يكون قدم بطريقة مكتوبة واضحة ومفهومة للمستهلك⁽³⁾.

وبناء عليه يمكن أن يعد شرطا تعسفيا، ما يضعه الفندق من إعلانات عن عدم مسؤوليته أو حدود هذه المسؤولية، سواء في غرفة استقبال أو على باب الغرف من

¹ - كالفواتير وإيصالات الضمان أو إيصالات التسليم والتسلم والإعلانات المكتوبة والتذاكر.

² - Ferrier. (D), traité de droit de consommation, presse universitaire de France, 2^{ème} édition, 1993, n° 384.p 210

³ - هو نفس التوجه الذي سلكه المشرع الفرنسي في المادة 132 من قانون الاستهلاك الفرنسي والمادة 5 من التوجيه الأوروبي لسنة 1993.

- Voir aussi : Ghestin (J) et Marchesseaux (I), les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe, Acte de la table ronde du 12 décembre 1990. Art 1. P 1-2.

الداخل أو في لوحة مخصصة للإعلانات⁽¹⁾، إذ أن المهم أن يكون الشرط واضحا وأن يتم فهم مختلف الشروط التي تعرض على المستهلكين أو غير المهنيين، وبعبارة أخرى يجب أن تكون تلك الشروط قد قدمت وحررت لمستهلك الخدمات أثناء التعاقد بطريقة واضحة ومفهومة⁽²⁾.

هذه المرونة التي اعتمدها المشرع المغربي في شكل الشروط والعقود، التي تكون محل تطبيق الأحكام المتعلقة بالبند التعسفية تخدم مستهلكي الخدمات، حيث لا تقيد لجوءهم إلى المنازعة في هذه الشروط بضرورة وجود عقد خاص مكتوب ويتضمن بنودا تعسفية، وهو تكريس لقاعدة أصيلة في القواعد العامة المنظمة لأحكام التأويل، التي تعتبر مضافة لشروط العقد، الشروط الجاري بها العمل في مكان إبرامه والشروط التي تقتضيها طبيعته⁽³⁾.

الفقرة الثالثة: حكم الشروط التي تتضمن نصا قانونيا أو لائحية

يثور هذا التساؤل في القانون الفرنسي الذي يعتمد المنهج المزدوج في تحديد البنود التعسفية (النظام اللائحي والنظام التقديرى)، حول ما إذا كان من اللازم دائما التفرقة بين الشروط التعاقدية، والشروط التي تعد صورة طبق الأصل، أو نسخا ترديدا لنصوص قانونية أو لائحية، وهل يمكن أن توصف هذه الشروط أحيانا بأنها تعسفية؟ وهل يجب حماية مستهلكي الخدمات في مواجهتها؟.

يمكن القول بوجود اتجاهين متقابلين بخصوص الإجابة عن التساؤل المطروح، فوفقا للاتجاه الأول الذي يجسده موقف التوجيهية الأوروبية لسنة 1993، والذي يقضي بأنه لا يخضع لنصوصه الشروط التعاقدية التي تتضمن أو تعد استنادا لنصوص قانونية أو لائحية أمرة، أو لنصوص أو مبادئ اتفاقيات دولية تكون الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية أطرافا فيها.

¹ - فالمسافر الذي يقيم بأحد الفنادق في الغالب مثلا، لا يوقع في العادة على عقد الفندق في صيغة عقد مكتوب يتضمن الالتزامات المتبادلة بين النزول والفندق.

² - حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، دار الفكر العربي، 1997، ص 82.

³ - الفصل 463 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن مثل هذه الشروط لا تكون تعسفية، وتكون مستثناة من تطبيق أحكام الشروط التعسفية في العقود التي تتضمن مثل هذه النصوص⁽¹⁾، وهكذا لا يكون للقاضي العادي أن يتدخل ليقرر الطابع التعسفي للشروط المفروضة في العقود المبرمة بين المصالح العامة الصناعية أو التجارية وبين المنتفعين، إذا كان العقد قد تضمن نطاقاً قانونياً أو لائحياً، وإلا كان القاضي متعدياً على مبدأ الفصل بين السلطات⁽²⁾، ولقد عرفنا أنه يجوز للقاضي مثل هذه الرقابة أو التدخل لتقرير الطابع التعسفي للشروط إذا تعلق الأمر بعقد من عقود القانون الخاص، ثم إبرامه بين المصالح المذكورة وبين المرتفقين.

وأما الاتجاه الثاني: فيرى أن المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي وإن لم تنص صراحة على أن الشرط ذو الطابع القانوني أو اللائحي، يمكن أن يقضى باعتباره تعسفياً من طرف القاضي العادي، والملاحظ أن هذه المادة لم تتضمن القيد ذاته الذي يتضمن التوجيه الأوروبي المذكور أعلاه، ومن الممكن تفسير ذلك بأن المشرع الفرنسي قد أراد أن يدخل في نطاق تطبيق تقنين الاستهلاك تلك الشروط، التي تستحدث أو تكون صورة لنص قانوني أو لائحي⁽³⁾، أو التي يتم فرضها بنص تشريعي أو لائحي (تنظيمي)⁽⁴⁾.

ونرى بأن هذا الاتجاه أولى بالتأييد، لأنه يحقق حماية أكبر للمستهلكين في علاقاتهم بالمصالح أو المرافق العامة ذات الطابع الصناعي أو التجاري.

¹ - Paisant (G), Le point sur les clauses abusives des contrats, Art, Acte du colloque du 24 Fev 1994, p 103.

² -, Cass.Civ 1.31 Mai 1988. Dalloz 1988, Sommaires commentés 406.obs Aubert (J.L)

³ - Pizzio. (J.P), op.cit, p 202-203.

⁴ - كيلاني عبد الراضي، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1996، ص 311-312.

المطلب الثاني: نطاق أعمال البنود التعسفية من حيث الموضوع والجزاءات المقررة.

سنتناول نطاق أعمال البنود التعسفية من حيث الموضوع، وخاصة المجالات المستثناة من تطبيق أحكام البنود التعسفية (الفقرة الأولى)، على أن نتناول الجزاءات القانونية المقررة لوجود بنود تعسفية في عقد خدمة استهلاكي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المجالات المستثناة من تطبيق أحكام البنود التعسفية

هذه المجالات نصت عليها المادة 17 من القانون 31.08 المغربي حيث جاء فيها أنه: "لا يشمل تقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط حسب مدلول المادة 16 من تحديد المحل الأساسي من العقد ولا ملائمة السعر للسلعة المباعة أو الأجرة للخدمة المقدمة مادامت الشروط محررة بصورة واضحة ومفهومة".

وهكذا نلاحظ أن المادة المشار إليها أعلاه استبعدت من مجال تقدير الطابع التعسفي حسب المادة 16 نوعين من الشروط: فالأولى تتعلق بتحديد المحل الأساسي من العقد "l'objet du contrat"، وذلك على اعتبار أن النزاع حوله "الحل" لا يتعلق بشروط تعسفية، والخلل في التوازن المطلوب بين الالتزام في العقود، بل يتعلق أكثر بتفسير إرادة أطراف العقد⁽¹⁾.

كما أن المنازعة في المحل الأساسي للعقد، لا يكون من شأنها إلا أن تثير مشكلا في التفسير أو التأويل ينصب على ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف، وبالتالي يمكن الرجوع محله إلى الفصول 461 إلى 473⁽²⁾ من ظهير الالتزامات والعقود، ولا يتعلق باختلاف في التوازن العقدي يستدعي تطبيق المادة 15 من القانون 31-08.

أما الثانية فتتعلق بملاءمة الأجرة مع الخدمة المقدمة "أي العلاقة بين الجودة والثمن"، وقد توخى المشرع من هذا الاستبعاد عدم فتح الباب أمام المستهلكين في

¹ - محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 35.

² - هذه المواد تتعلق بتأويل الاتفاقات، وتضع أحكام التأويل في حالة غموض العقد، حيث تنص المادة 461 من ظل.ع.م على أنه "إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها".

المنازعة في الثمن المتفق عليه، لأن منح المستهلك الحق المطلق في المنازعة في الثمن المتفق عليه على أساس أنه لا يتلاءم مع قيمة الخدمة المقدمة، يؤدي لا محالة إلى اضطراب تعاقدى يهز مبدأ استقرار المعاملات، ويضر بالأمن التعاقدى لطرفي عقد الخدمة الاستهلاكي⁽¹⁾.

ومع ذلك فإنه باستثناء الشروط المتعلقة بملاءمة الثمن مع السلعة المباعة، أو ملائمة الأجرة مع الخدمة المقدمة، فإن الشروط الأخرى المتعلقة بالثمن يمكن أن يصرح بأنها تعسفية، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للشروط المتعلقة بالسعر، إذا أدى ذلك إلى جعله غير محدد مما ينتج عنه بطلان العقد.

وهو نفس التوجه الذي سنه المشرع الفرنسي في تقنين الاستهلاك الفرنسي في المادة 1/132⁽²⁾، والتي حظرت في الواقع كل تقدير للطابع التعسفي للشروط المذكورة، وقد أخذت هذا الحل من التوجيه الجماعي بغية تفادي أي انحراف في استخدام الحماية في مواجهة الشروط التعسفية، وحتى لا يعارض المستهلك فهي الثمن المتفق عليه أو في مضمون "conteurs" الالتزام الرئيسي.

فالمعارضة في الثمن ترتبط بالقواعد الخاصة بالضرر، وهذه لا تنطبق في القانون الفرنسي بطريقة عامة، وإنما تنطبق في حالات محددة، كما أن الحجة التي سبقت لهذا الاستبعاد تتمثل في أن الثمن يحدد بين المهنيين، على أساس قواعد اقتصادية صارمة تستند على أساس المنافسة الحرة وبما يضمن مصلحة المستهلكين⁽³⁾.

¹ - أبو بكر مهم، مرجع سابق، ص 239.

² - L'article 212/1 dispose que : « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soit rédigés de façon claire et compréhensible ».

³ - Pizzio, (J.P), op.cit, p 201.

الفقرة الثانية: جزاء الشرط التعسفي الوارد في عقد الخدمة الاستهلاكي

بالرجوع إلى المادة 19 من القانون 31.08 نجدها تحدد طبيعة الجزاء الذي خصصه المشرع للشرط التعسفي الوارد في عقد خدمة استهلاكي، وهو اعتباره باطلا ولاغيا، حيث نصت على أنه: "يعتبر باطلا ولاغيا الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك".

تطبق باقي مقتضيات العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائما بدون الشرط التعسفي المذكور".

وبتمتع هذه المادة نستنتج ما يلي:

- أن هناك بطلان نسبي، إذ لا يجوز التمسك به إلا بواسطة المستهلكين المتعاقدين، بغية طرح الشروط التعسفية، فآثر الإلغاء يستفيد منه مستهلك الخدمة الطرف الطالب بإلغاء البند أو البنود التعسفية المتضمنة في عقد الخدمة الاستهلاكي فقط، وهو ما يستفاد من عبارة "الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك"⁽¹⁾.

ولا يستفيد من آثار الإلغاء أو بطلان الشرط مستهلكي الخدمات غير الأطراف في عقد الخدمة استهلاكي ولو ارتبط العقد بنفس مورد الخدمة...

- إنه بطلان جزئي وليس كلي، أي أنه قاصر في تطبيقه على البنود التعسفية، ولا ينبسط على بقية الشروط (غير التعسفية) في العقد⁽²⁾، إلا إذا كان الشرط (أو الشروط التعسفية) الباطل هو السبب الفعال لرضاء المستهلك بالتعاقد، أو إذا لم يكن من الممكن استمرار بقاء العقد بدون هذا الشرط، وهذا الحل يخدم مصلحة المستهلك، وخاصة في عقود الاستهلاك الخدماتية الأساسية، -خدمة الاتصال خدمة التأمين، عقود الخدمات البنكية- حيث يكون المستهلك في حاجة إلى ضمان بقاء العقد لضمان استمرار الخدمة مع إلغاء البند التعسفي.

¹ - لكن يمكن لجمعيات حماية المستهلك المتوفرة على الشروط القانونية طلب إلغاء البند التعسفي.

² - Paisant (G) , le point sur les clauses abusives du contrat, Art, op.cit, p 105.

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي نجد أن الطبيعة القانونية للأثر المترتب على إلغاء البنود التعسفية قد أثار نقاشا كبيرا بين فقهاء الفقه الفرنسي، وذلك راجع للصياغة التي جاءت بها المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والمتمثل في الجزاء القانوني المترتب على احتواء أحد العقود على بند أو أكثر من البنود التعسفية، وهو اعتبار البند "كأن لم يكن أو غير مكتوب"، حيث جرى نص المادة بأن "الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة" أي كأن لم تكن⁽¹⁾، وذلك مع بقاء العقد صحيحا وساريا دون تلك الشروط التي تعتبر كأن لم تكن أو باطلة⁽²⁾.

وفي ظل وجود مثل هذا النص، أضحى التساؤل الآتي بديهي الإثارة لمعرفة الطبيعة القانونية للأثر المترتب على إلغاء الشروط التعسفية، من ضمن الشروط التي يتألف منها بنیان العقد؟ وما إذا كان المشرع الفرنسي قد قصد من عبارة "غير مكتوب" الواردة بنص المادة السابقة البطلان المطلق؟ أم مجرد بطلان نسبيا؟.

وفي الرد على الطبيعة القانونية لأثر إلغاء البنود التعسفية، فقد ذهب أغلب الفقه⁽³⁾ إلى تفسير عبارة "غير مكتوبة" بأنها باطلة، بينما دار الاختلاف حول نوع البطلان ودرجته، وما إذا كان البطلان المترتب هنا بطلان نسبيا أم بطلان مطلقا، إذ ذهب البعض إلى القول بأن البطلان المترتب هنا بطلان نسبيا حال كونه مقرر لمصلحة المستهلك، ولكنه متعلق بالنظام العام.

في حين ذهب بعض الفقه إلى اعتبار المقضي به حال إلغاء الشروط التعسفية من العقد بطلان مطلقا، واستندوا في ذلك إلى أن القول بخلاف ذلك، يحرم المستهلك الذي قد تمنعه الظروف من اللجوء إلى القضاء من الاستفادة من إلغاء البنود التعسفية⁽⁴⁾.

¹ - Art L 132/1 dispose que : « les clauses abusives sont réputé non écrite ».

² - L'article 132/1 dispose que : « le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autre que celle jugés abusive, les dispositions du présent article sont d'ordre public ».

³ - Calais Auloy (J). Op.cit , P 255.

انظر كذلك:

- Kullmann (Jerome), Remarque sur les clauses réputé non écrites, Dalloz serey, 1993.Chronique. p62

⁴ - Ghestin (J), le contrat formation,op.cit, p 691.

ولعل مرد هذا الاختلاف هو عدم وجود نص عام في القانون المدني الفرنسي، يتضمن إنقاص التصرف بما يسمح ببطلان بعضه، وسريان التصرف ونفاذه دون ما قضى ببطلانه من شروط.

فالقانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ لم يتضمن نصا عاما في الإنقاص، وقد عرض هذا القانون لتطبيقات وحيدتين في نص المادة (900) من القانون المدني الفرنسي، والخاصة ببطلان الشروط الباطلة، ونص المادة 1172 من القانون ذاته، والتي تقضي ببطلان المعاوضات التي تقترب بشروط باطلة⁽²⁾.

ومن ثم فإن اختلاف الفقه حول الطبيعة القانونية للأثر المترتب على إلغاء الشروط التعسفية الواردة في عقد من العقود مع سريان العقد صحيحا دونها، يضحى منطقيا، بل ولازما نتيجة عدم وجود نص عام في القانون المدني الفرنسي يتضمن فكرة إنقاص التصرف القانوني.

وعلى العكس من ذلك نجد أن القانون المدني المصري يقر بنظرية إنقاص التصرف القانوني، حيث تنص المادة 143 على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان يتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فتبطل العقد كله"⁽³⁾.

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي فنرى أن المادة L 132/1 من قانون الاستهلاك قد قررت نظرية إنقاص العقد بمفهوم القواعد العامة للقانون المدني، وحيث يظل العقد ساريا وصحيحا دون الشروط التي قضى ببطلانه أو باعتبارها كأن لم تكن، فالذي يبطل فقط هو الشروط التعسفية، بينما يظل العقد بكيانه الباقي ساريا وصحيحا، ومن ثم لا جدوى من اعتبار هذا البطلان مطلقا أو نسبيا، ذلك أن الشروط التعسفية تظل موجودة

¹ - لمزيد من الاطلاع حول وجهات النظر المختلفة يمكن الرجوع إلى : محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2006، ص 53.

² - عبد العزيز المرسي حمود: نظرية إنقاص التصرف في القانون الفرنسي المترتب على أثر بطلان شرط مقترن بالتصرف يختلف في التبرعات عنه في المعاوضات، في الأولى جزئيا يقتصر الإبطال على الشرط الباطل دون تأثير على صحة التبرع، بينما في الثانية (المعاوضات) يكون البطلان كليا يشمل الشرط الباطل والتصرف معا.

³ - عبد العزيز المرسي حمود، نظرية إنقاص التصرف، مرجع سابق، ص 391.

في العقد نافذة إلى أن يطلب أمام القضاء الحكم بإلغائها، وذلك بواسطة مستهلك الخدمة، وتكون غاية هذا الأخير هي إلغاء تلك الشروط، وذلك وفقا لمصلحته أو حماية لها في علاقته بالمتعاقدين الآخرين، وهذا المستهلك هو الذي سيكون حريصا على إبقاء باقي الشروط الواردة في العقد إذا ما كانت تحقق له منفعة أو تصب في مصلحته، وذلك أخذا بصريح عبارة نص المادة 132/1 L من قانون الاستهلاك، والذي جرى بأن الشروط التعاقدية تظل قابلة للتطبيق – فيما عدا تلك الشروط التي قضى باعتبارها كأن لم تكن- ويضحي العقد بعد ذلك متمتعا بمظاهر صحته⁽¹⁾، وهذا في نظرنا يخدم مصلحة المستهلك، خاصة إذا كان في حاجة إلى استمرار العقد، لضمان توفر الخدمة محل العقد، وكذلك لتفادي تعسف المورد في حالة الرجوع إلى إبرام عقد جديد.

الفرع الثاني: التعامل المباشر مع البنود التعسفية وأثره على الأمن التعاقدي

يعتبر التنظيم التشريعي المباشر للشروط التعسفية، المنهجية القانونية العصرية الأكثر استخداما في جميع الدول المتقدمة التي تسعى حثيثا نحو حماية الأمن التعاقدي للمستهلك في تعاقداته، سواء تعلق الأمر بعقود استهلاك سلع أو خدمات، وهو منهج يختلف عن الوضع في القانون المدني الذي تعامل مع الشروط التعسفية بشكل غير مباشر، حيث رأت بعض التشريعات أن حماية المستهلك لا تتأتى إلا من خلال نظرية عقود الإذعان⁽²⁾، أي باعتبار المستهلك هو الطرف المذعن، فالقواعد العامة للقانون المدني لم تركز على حماية المستهلك من البنود التعسفية بشكل مباشر، بل تعاملت مع البنود التعسفية على أنها نتاج لضعف المركز الاقتصادي للمستهلك، أو بحكم كونه طرفا مذعنا، وهذا هو جوهر التفرقة بين المنهجية التشريعية المباشرة وغير المباشرة في التعامل مع البنود التعسفية، فالأولى تتصدى مباشرة لتحديد المقصود بهذه الشروط، من حيث معاييرها وطرق تحديدها، أما الثانية فتركز وتتعامل مع مصدر وجود هذه الشروط

¹ - محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، مرجع سابق، ص 116.
² - كما هو الحال بالنسبة للقانون المصري، الذي كان يتعامل مع البنود التعسفية من بوابة نظرية عقود الإذعان.

أو الواقعة المنشئة، وهذا الاختلاف في التعامل التشريعي مع البنود التعسفية، أسفر عن بعض النتائج وأهمها ما يتعلق بدور القاضي في تحديد هذه البنود.

وهكذا تعددت المقاربات التشريعية في التعامل مع البنود التعسفية، خاصة في ظل القوانين الحديثة للاستهلاك، حيث نجد هناك تباين في طريقة تحديد البنود التعسفية، فهناك من التشريعات وسعت من صلاحية القضاء، وهناك من زاوجت بين الدور التنظيمي للإدارة والدور القضائي، حيث أن القاضي لا ينفرد وحده بتحديد البنود التعسفية حيث يشاركه في تحديد هذه البنود سلطات إدارية أخرى تلعب دورا وقائيا.

هذه الوقاية تمثل عنصر مميزا آخر للتعامل المباشر مع البنود التعسفية، وهي حماية سابقة على تنفيذ العقد على عكس الوضع في القانون المدني، الذي لا يرتب سوى حماية علاجية بعد تنفيذ العقد.

وهكذا ففي ظل تصاعد الرغبة التشريعية في توفير الحماية المباشرة للمستهلكين في معظم دول العالم، فإنه يمكن ملاحظة توجه التشريعات المعاصرة إلى التدخل بشكل مباشر لحظر بعض البنود الواردة في العقود الاستهلاكية، سواء كان محلها خدمات أو سلع، غير أن تحديد هذه البنود التعسفية، ونظرا للصعوبة التي تكتسبها عملية ودرجة الحماية المرجوة، يتطلب الاطلاع على مختلف المقاربات التشريعية المعتمدة لتحديد البنود التعسفية، سواء في التشريع المغربي أو في التشريعات المقارنة (المبحث الأول)، وكذا التطرق إلى مختلف البنود التعسفية التي يتم إدماجها في العقود الخدماتية، ومدى تأثيرها على نطاق الحماية العقدية المستوفاة من تبني نظرية البنود التعسفية، ودرجة تأثيرها على الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تنوع المقاربات التشريعية في تحديد البنود التعسفية

كأثر من آثار التعامل المباشر مع البنود التعسفية

في ظل تصاعد الرغبة التشريعية في توفير الحماية للمستهلكين في معظم دول العالم، فإنه يمكن ملاحظة توجه مجموعه من التشريعات المعاصرة إلى التدخل بشكل مباشر، لحظر بعض الشروط التي تبدو تعسفية في عقود الاستهلاك، غير أن تحديد البنود التعسفية وصعوبتها وأثرها على القوانين الاقتصادية، جعلت التشريعات المقارنة تختلف حول النظام الأمثل الواجب اتباعه لضبط ظاهرة البنود التعسفية في العقود الاستهلاكية، وهكذا اختلفت مسطرة تحديد الشروط التعسفية في العقد تبعا للأسلوب المتبع من طرف التشريعات المقارنة، كما هو الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي والألماني الذي يعتبر من التجارب الرائدة في مواجهة البنود التعسفية، ومع تبني التشريع المغربي لنظرية البنود التعسفية بموجب قانون 31.09 كآلية مباشرة لمواجهة اللاتوازن العقدي، سيكون بأهمية بمكان الاطلاع ودراسة طبيعة المقاربة التي اعتمدها التشريع المغربي لمواجهة هذه البنود التعسفية، ومدى نجاعة هذه المقاربة في تحقيق الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات⁽¹⁾.

وفي ظل الرغبة التشريعية لحماية المستهلكين لم يجد المشرع في عديد من الدول بدا من التدخل للحد منها، فظهر اتجاه حديث لاسيما في دول الاتحاد الأوروبي يعمل على إرساء نظام لحماية مباشرة من هذه البنود التي تضر بالحماية التعاقدية للمستهلك وخصوصا مستهلكي الخدمات، كما هو الحال في النموذج الفرنسي، خاصة في قانون إعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات الفرنسي، هذا الأخير الذي جاء بمبادئ عقدية جديدة تهز أركان نظرية العقد، وهي مبادئ غير مألوفة، مما أدى بأحد الفقهاء إلى أن يصف هذا القانون بأنه طفرة تشريعية⁽²⁾، فنص على بطلان الكثير منها في العقود التي

¹ - عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2002، ص 125.

² - عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في علوم القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014-2015، ص 178.

تبرم بغرض الاستهلاك وأخضع شروط هذه العقود لرقابة قانونية⁽¹⁾، وذلك عن طريق إيراد قوائم محددة للبنود التعسفية ملحقة بالقوانين الحمائية من تلك البنود، ورقابة إدارية مباشرة ومشددة من قبل هيئات متخصصة في سبيل منعها بكل صورها حتى ولو ارتضاها المستهلك، كل هذا في إطار ما يعرف برقابة الحظر (المطلب الأول)، وفي مقابل ذلك هناك من دعا إلى رقابة الإلغاء والتي هي ترجمة لرقابة القضاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسلوب الحظر ودوره في مواجهة البنود التعسفية

في ظل القواعد الحديثة لحماية المستهلك من البنود التعسفية، تنوعت أساليب الرقابة على بنود العقد الاستهلاكي، فاستحدثت طرق حديثة تتمثل في حظر مجموعة من البنود العقدية عن طريق التشريع، وذلك بواسطة وضع قوائم للشروط التعسفية أو ما يسمى بالتحديد اللائحي للبنود التعسفية (الفقرة الأولى)، بالإضافة إلى الرقابة الممارسة بواسطة الإدارة أو ما يطلق عليه بالأسلوب التنظيمي عن طريق لجنة الشروط التعسفية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: رقابة التشريع للبنود التعسفية

بالرجوع إلى قانون إعلام وحماية المستهلكين وخاصة في فصله الرابع نجده يشير إلى الحماية من البنود التعسفية، والتي يقابلها نص المادة L132/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 المعدل والمتمم، وقد أسفر هذا التشريع عن محورين للحماية من البنود التعسفية، أولهما تحديد إلزامي للبنود التعسفي (أولا) وتحديد غير إلزامي (القائمة الرمادية)⁽²⁾ (ثانيا).

¹ - على المستوى الأوروبي، يعتبر المشرع الألماني السياق إلى تكريس الحماية القانونية من الشروط التعسفية، بإقراره قانون 9 دجنبر 1976، المتعلق بالشروط العامة للعقود، والذي أصبح ساري المفعول في 1 أبريل 1977، إذ تضمن هذا القانون قائمتين من الشروط التعسفية، الأولى قائمة سوداء، تعتبر الشروط بها باطلة بقوة القانون، والثانية قائمة رمادية، يعطي للقاضي سلطة تقديرية لإبطالها.

- انظر: عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 148، و لمزيد من الاطلاع يمكن الرجوع إلى:

- محمد عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 48

² - محمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص 97.

أولاً: التحديد الإلزامي للبنود التعسفية

يكون التحديد الإلزامي للبنود التعسفية عن طريق مرسوم يصدر من مجلس الدولة الفرنسي، بعد أخذ رأي لجنة البنود التعسفية، وهذا ما نصت عليه المادة 1/132 من نفس الاستهلاك الفرنسي، وهو يقارب ما نصت عليه المادة 1/35 من قانون 10 يناير 1978 والتي قضت بأنه: "يمكن للبنود التعسفية أن تحدد بواسطة مراسيم تصدرها الحكومة، بعد التصديق على ذلك من قبل مجلس الدولة ولجنة البنود التعسفية"، ولقد شبه بعض الفقهاء⁽¹⁾ هذا الأسلوب بما هو متبع في القانون الألماني الذي تبنى نظام القائمة السوداء التي شملت تحديدا إلزاميا للبنود التعسفية.

وقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي أول مرسوم سنة 1978 وهو المرسوم رقم 464 الصادر في 24 مارس 1978، ولم ينص هذا المرسوم سوى على حظر ثلاث أنواع من البنود التعسفية وهي:

- الشروط المعنية أو المحددة لمسؤولية المهني في عقود البيع، مع استبعاد عقود الخدمات⁽²⁾.
- الشروط التي تعطي للمهني الحق في أن ينفرد وحده بتحديد خصائص السلعة أو الخدمة المطلوبة⁽³⁾.
- شروط الضمان التعاقدي التي لا تنص على وجود الضمان القانوني للعيوب الخفية، الذي نصت عليه المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي.

¹ - RZPECKI . (N), Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM, 2002 p166. voir aussi :

- Paisant (G), de l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives par le juge judiciaire, D Chron,1985, P 299.

² - L'article 2 du décret 1978 dispose que : "interdit dans le contrat de vente :la clause ayant pour objet ou pour effet , de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non-professionnel au consommateur, en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations".

³ - Sans limiter au contrat de vente, l'article 3 du décret de 1978 interdit la clause par laquelle le professionnelle se réserve le droit de modifier unilatéralement, les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre.

ونلاحظ أن المشرع بموجب هذا المرسوم، أنه لم يوسع استفادة مستهلكين الخدمات من المقتضى التشريعي المتعلق بكون الشروط المعفية، أو المحددة لمسؤولية المهني، هي شروط تعسفية على غرار مستهلكي السلع.

وقد شكل المرسوم الفرنسي رقم 302 - 2009 الصادر بتاريخ 18 مارس 2009¹، إضافة نوعية في التدخل التشريعي لتحديد البنود التعسفية بموجب اللائحة⁽²⁾، حيث جاء بقائمتين اثنتين القائمة الأولى تتضمن اثني عشر شرطاً باطلاً بقوة القانون منذ وجودها، ولا يتوقف بطلانها على حكم يصدر من القاضي، فسلطة القاضي مجرد سلطة تقريرية وليست سلطة تقديرية، وتعتبر كاشفة للبند التعسفي، وقد جاء في المادة الأولى من المرسوم أنه وفقاً لأحكام المادة 132/1 L⁽³⁾ من قانون الاستهلاك تعتبر باطلة وغير مشروعة التي من حيث غرضها أو أثرها:

أ- تحقق انضمام المستهلكين أو غير المهنيين إلى شروط غير مكتوبة بالعقود، الموقع عليها من طرف المستهلك أو غير المهني، أو التي تكون مدرجة في

¹ - هذا المرسوم صدر إعمالاً لأحكام المادة 132/1 L من قانون الاستهلاك الفرنسي، بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، وإنفاذاً لأحكام قانون تحديث الاقتصاد رقم 766/2008، الصادر في غشت 2008.

² - Paisant (G), Le décret portant listes noire et grise de clauses abusive- décret du 18 mars 2009. JCP édition G. N° 28.6 Juillet 2009, p 48 .

³ - انظر: Le Code de la consommation, partie réglementaire. Arts R132/1

في مجموعة قانون الاستهلاك الفرنسي، يوجد قسم قانوني خاص بالنصوص التشريعية ويشار إلى مواده بالحرف L (Partie législative)، وقسم لائح خاص بالمراسيم والقرارات التنظيمية (Partie réglementaire) يشار إلى موادها بالحرف R.

Article R132-1 dispose : Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou du consommateur. Sont de manière irréfutable présumés abusive, au sens des dispositions du premier du troisième alinéa de l'article L 132-1 et des lors interdites les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

- 1- Constater l'adhésion du non professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurant pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion.... 102.
- 2- Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par des préposés ou ses mandataires.
- 3- Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relative à sa dure.

وثيقة أخرى دون الإشارة إليها صراحة بالعقد، ويفترض في المستهلك عدم العلم بها حتى نفاذ العقد.

ب- أن تعطي للمهني المورد وحده الحق في قصد الالتزام باحترام ما تعهد به أو اتفاقاته المبرمة بواسطة مندوبية أو وكلائه.

ج- تعطي للمهني وحده الحق في تعديل شروط العقد المتعلقة بمدة العقد، أو صفات السلعة، أو سعر السلعة، التي يتم تسليمها أو الخدمة التي تقدم.

د- تسمح للمهني وحده أن يحدد ما إذا كانت السلع المسلمة أو الخدمات المقدمة مطابقة للمواصفات العقدية أو أن تقصر له الحق في تفسير أحد شروط العقد بمفرده.

هـ- تجبر المستهلك أو غير المهني على تنفيذ التزاماته العقدية كالثمن أو غيره، على الرغم أن المهني من ناحية أخرى، لم يوف بالتزاماته المقابلة والخاصة بتسليم الشيء المبيع أو الخدمة المقدمة، أو التزاماته بالضمان المتعلقة بالشيء المبيع أو الخدمة المقدمة.

و- تلغي أو تحد من الحق في تعويض الأضرار التي تلحق المستهلكين أو غير المهنيين، والناجمة عن عدم تنفيذ المهني لالتزاماته.

ز- تمنع المستهلك أو غير المهني من الحق في المطالبة بفسخ العقد عند إخلال المهني بالتزاماته الخاصة بتسليم أو ضمان الشيء المبيع أو الخدمة المقدمة.

ح- تمنح السلطة للمهني بفسخ العقد من جانبه ومن طرف واحد دون أن تمنح المستهلك أو غير المستهلك ذات الصلاحية.

ط- تسمح للمهني بالحق في حبس ما تم دفعه لسلع تم تسليمها أو خدمات تم تقديمها في نفس الوقت الذي يتمتع فيه بسلطة فسخ العقد من جانب واحد.

ي- تمايز في نطاق العقود غير محددة المدة بين المستهلك والمهني من جهة "مهلة التروي".

ك- تلزم المستهلك أو غير المهني في نطاق العقود غير محددة المدة بتعويض المهني في حالة فسخ العقد من جانب المستهلك.

ل- التي تقلب عبء الإثبات من على عاتق المهني إلى المستهلك أو غير المهني بالمخالفة للقانون.

ويترتب على هذا التحديد الإلزامي عن طريق المراسيم الصادرة من مجلس الدولة، نتيجة منطقية مفادها أن السلطة التقديرية للقاضي تضيق وتحدد إزاء هذه الشروط، وبذلك تصبح الكلمة الفاصلة في تحديد الشروط التعسفية للمرسوم الصادر من مجلس الدولة، إذا نص على بعض هذه الشروط واعتبرها تعسفية، فعندئذ يصبح دور القاضي كاشفاً للشروط التعسفية وليس منشئاً، ويعتبر ذلك أفضل طريقة لإزالة التضارب أو التعارض بين الجهات صاحبة الاختصاص في تحديد الشروط التعسفية.

وهكذا يمكن القول بأن هذه الآلية "التحديد الإلزامي"، هي آلية وقائية تدخلية للمشروع موجهة لفائدة المستهلكين عموماً وكذلك لفائدة مستهلكي الخدمات، مما يؤدي إلى مواجهة الاختلاف في عقود الاستهلاك الخدماتية، بخلاف مرسوم 1978 الذي كان يستثني مستهلكي الخدمات من الاستفادة من حظر بعض البنود التعسفية.

غير أن الواقع يؤكد أن هذا التحديد الإلزامي لا يستطيع مسايرة الواقع العملي في صناعة العقود من طرف موردي الخدمات، لأن هؤلاء لا يتوقفون عن ابتكار البنود التعسفية التي تضمن بالعقود المبرمة مع المستهلك، هذا الواقع يؤكد أن المستهلك في حاجة إلى آليتين لتحقيق التوازن العقدي في علاقته مع المورد الطرف القوي، وبالتبعية تعزيز أمنه التعاقدي وهما: مرونة تشريعية تساهل المستجندات الواقعية للتعاقد لضمان عدم انفلات الموردين من الرقابة، وفتح الباب أمام سلطة القاضي لممارسة اختصاص أصيل وملزم، باعتباره حصناً يلجأ إليه كل مستهلك طرف ضعيف⁽¹⁾، والحرص على

¹ - محمد حسين عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، 2008، ص 118.

- انظر كذلك: إبراهيم عبد العزيز داوود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 141.

عدم نقل الاختصاص إلى جهات أخرى بنص صريح، يقضي بإقصاء سلطة القاضي من ممارسة الرقابة على العملية التعاقدية الاستهلاكية، وهو ما اعتبره المشرع الفرنسي بالنسبة للشروط التعسفية الواردة في القائمة الرمادية.

ثانياً: تحديد الشروط التعسفية عن طريق نظام القائمة

يعتبر نظام القائمة من أهم الأساليب التي يتبناها المشرع عند وضع تقنين خاص لقانون الاستهلاك، ويتمثل أسلوب القائمة في إعداد قوائم تتضمن تعداداً للبند التي تعتبر بنوداً تعسفية، ويقوم هذا الأسلوب على افتراض الطابع التعسفي في البنود المدرجة بالقائمة، وهذا الافتراض يكون بسيطاً يجوز نفيه وقد يكون قطعياً بحيث لا يجوز دحضه⁽¹⁾.

ومع ذلك تتنوع وتتعدد أشكال نظام القائمة، فهناك نظام القائمة السوداء "la liste noire"، كما أن هناك نظام آخر يسمى بنظام القائمة الرمادية "la liste grise"، فنظام القائمة السوداء هو نظام معمول به في القانون الألماني، إذ نجد أن القائمة تحتوي على شروط يفترض فيها أنها تعسفية، إذن هناك قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس تقضي بتعسف أي شرط من الشروط الواردة في القائمة، في حالة إدراجه في أحد عقود الاستهلاك، هذه القائمة تحتوي على شروط محددة على سبيل الحصر، وإلى جانب ذلك يعتبر الشرط باطلاً دون حاجة لتقدير القاضي الذي يكون دوره كاشفاً، فالشرط يصبح باطلاً بمجرد إدراجه في القائمة السوداء، ولا يجوز للمهني أن يدعي إثبات عكسه⁽²⁾.

ونجد أن أسلوب القائمة السوداء، هو شبيه بنظام التحديد الإلزامي عن طريق المراسيم الصادرة من الحكومة في القانون الفرنسي، فكلاهما يحتوي على تحديد إلزامي للشروط التعسفية، ولا تعطي أية فرصة للمهني لإثبات العكس، كما تنقيد فيه السلطة التقديرية للقاضي⁽³⁾.

¹ - إبراهيم عبد العزيز داوود، مرجع سابق، ص 141.

² - نفس المرجع، ص 142.

³ - FORMONT (M), la transposition de la directive communautaire sur les clauses abusives par le législateur Allemande, Dalloz aff, 1997, p 1105.

Voir aussi : RZEPECKI (N), Droit de la consommation et théorie général du contrat, PUAM , 2002, p.167.

والى جانب نظام القائمة السوداء، هناك نظام القائمة الرمادية وفيه يضع المشرع قائمة تضم مجموعة من الشروط التي يفترض أنها تعسفية، بشرط ألا يقوم المهني بإثبات عكس ذلك، أي لا يقيم الدليل على انتقاء الطابع التعسفي عن هذه الشروط المدرجة بالعقد، وحتى ولو كانت مما تضمنته القائمة، وتفسير ذلك يكمن في أن هذه القائمة تعتبر قائمة إرشادية تضم مجموعة من الشروط الواردة على سبيل المثال، والتي تصاحبها قرنية بسيطة يجوز إثبات عكسها⁽¹⁾.

فإذا أثبت المهني عدم توافر وصف التعسف في الشرط، فإنه لا يعتبر تعسفيا حتى ولو كان واردا في القائمة الإرشادية.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد تبنى نظام القائمة الإرشادية، نقلا عن المرسوم الأوروبي الصادر سنة 1993، وأكثر من ذلك فإنه قام بنقل الشروط المدرجة في المرسوم الأوروبي، كما يظهر من مضمون المادة 1/132 من تقنين الاستهلاك الفرنسي التي أوردت على أنه: "ثمة ملحق بهذا التقنين يشتمل على قائمة إرشادية لا حصرية بالشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية إذا توافرت فيها الشروط الواردة بالفقرة الأولى".

وقد أدرج المرسوم السالف الذكر عشرة شروط لا يفترض أنها تعسفية، مما جعل الصفة التعسفية للشرط خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، فهي كذلك حتى يثبت المهني مورد الخدمة عكس ذلك وقد جاءت تلك الشروط كما يلي:

- الشروط التي تجعل التزام المستهلك أو غير المهني التزاما مطلقا لا رجعة فيه، في حين تمنح المهني المورد امتياز تنفيذ التزامه من عدمه، مع الحفاظ على حقه في فسخه بناء على رغبته وحده.

¹ - RZEPECKI (N), Droit de la consommation et théorie générale du contrat. Op.cit, p167. L'auteur dit que : " une liste dite « grise » de clause abusives, c'est-à-dire une liste de clauses sur lesquelles aurait pesé une présomption d'abus, sous réserve de la preuve contraire par les professionnels ".

- الشروط التي تمنح المورد المهني الحق في التعويض، إذا ما تنازل المستهلك أو غير المهني عن إبرام العقد أو تنفيذه، ولا تعطي للمستهلك بالمقابل الحق في التعويض في حالة البيع بالعربون وفقا للمادة L1/114 من قانون الاستهلاك إذا ما تنازل المورد عن تنفيذ العقد أو إبرامه.
- الشروط التي تفرض على المستهلك أو غير المهني أن يؤدي تعويضا غير مناسباً عند إخلاله بالتزاماته.
- الشروط التي تمنح المهني الحق في فسخ العقد خلال مدة غير معقولة.
- الشروط التي تسمح للمهني أن يتنازل عن العقد على الرغم من أن الأخير ينتج حقوقاً للمستهلك أو غير المهني ودونما موافقة من المستهلك.
- الشروط التي تمنح للمهني وحده الحق في تعديل شروط العقد المتعلقة بالحقوق أو الضمانات الخاصة بالمتعاقدين.
- الشروط التي تعطي المهني الحق في تحديد يوما لتنفيذ العقد خلافا للقواعد المقررة قانونا في تحديد يوم التنفيذ.
- إخضاع الحق في تعديل العقد أو فسخ لشروط قاسية بالنسبة للمستهلك أو غير المهني بالمقارنة بتلك الخاصة بالمهني.
- التقييد (غير المقبول) لوسائل الإثبات الخاصة بالمستهلكين أو غير المهنيين.
- الشروط التي تحد من أو تقيد من إجراءات التقاضي الخاصة بالمستهلك أو غير المهني لاسيما التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات.

وخلاصة القول أن أسلوب القائمة "السوداء والرمادية" الذي يتبناه المشرع الفرنسي بطريقة أو بأخرى⁽¹⁾، أقر بمقتضاه بضرورة مكافحة الاختلال أو التفاوت الظاهر بين حقوق وواجبات كل من طرفي العقد، ابتغاء إعادة التوازن إلى العقد بشكل يحقق العدالة لكل من طرفيه، ورأى أن الشروط التعسفية الواردة في القائمة السوداء هي الشروط التي تكون في طرف قصي من التوازن العقدي، ومن ثم تعد باطلة بقوة القانون، فهي على

¹ - المشرع الفرنسي تبني أسلوب التحديد الإلزامي للبنود التعسفية بموجب المراسيم الصادرة من الحكومة، وهي تقريبا تقابل نظام القائمة السوداء في القانون الألماني.

يسار التوازن، ولا تخدم الأمن التعاقدي للمستهلكين سواء مستهلكي سلع أو خدمات، في حين أن الشروط المدرجة بالقائمة الرمادية هي شروط تحمل على مظنة البطلان، وتعتبر شروطا تعسفية حتى يقوم الدليل على العكس، وألقت بعبء الإثبات على كاهل المهني، ومن ثم هي شروط لم يحسم بشأنها التشريع، وبالتالي فهي شروط أقل تعسفا من الشروط الخاصة بالقائمة السوداء، ومن تم تأتي إلى يمينها ونحو التوازن إلى أن تتحقق في الشروط التعاقدية سمات التوازن والتناسب⁽¹⁾.

أي أن المشرع وبموجب السلطة اللائحية، أنشأ قرائن قانونية لصالح المستهلك تكون قاطعة قوية فيما يتعلق بالشروط المدرجة ضمن القائمة السوداء، في حين تكون "بسيطة"، بالنسبة للشروط المدرجة ضمن القائمة الرمادية⁽²⁾.

غير أن ما يؤخذ على أسلوب القائمة من طرف بعض الباحثين⁽³⁾، أن هذا الأسلوب يتميز بالجمود، لأنه يفقد القاضي سلطته في التقصي عن بعض الشروط التعسفية رغم أنها واردة في القائمة، كما أنه يحتم أن تكون السلطات العامة مجندة باستمرار للتدخل في كل مرة تظهر فيها شروطا تعسفية، تبعا للتطور الاقتصادي والاجتماعي بقصد إدراجها في القائمة، وهو ما يعتبر تكلفا زائدا يتطلب كثيرا من المصاريف، تكون الدولة في غنى عنها لو أسندت هذه المهمة للسلطة القضائية، كما أن النظام اللائحي فيه ضمان لحقوق المهنيين الذين باستطاعتهم التعامل بكل جدية خارج اللائحة، وذلك بفرض بنود تعسفية غير مدرجة ضمن اللائحة⁽⁴⁾.

¹ - مالكي محمد، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الموسم الجامعي 2017-2018، ص 80.

² - Paisant. (G), Note sous cassation, Civ 1^{ère} ch 21 Fév. 1995, JCP, éd, E 1995, P.49.

³ - عبد الرحمن الشراقوي، دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، 2001-2002، ص 90.

⁴ - العربي مياد، إشكالية التراضي في عقود الإذعان، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، الجزء الثاني، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، 2000-2001، ص 518.

الفقرة الثانية: تحديد الشروط التعسفية عن طريق لجنة الشروط التعسفية

لجنة الشروط التعسفية عبارة عن تنظيم قانوني أوجده المشرع الفرنسي في تجربته في مواجهة البنود التعسفية، بالإضافة إلى الأنظمة القانونية الأخرى كالقضاء- لدعم الحماية العقدية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للاعتداء من جانب المهنيين الذين يرتبطون معهم بعقود استهلاك يغلب عليها طابع الإذعان⁽¹⁾.

وقد أنشأت هذه اللجنة بمقتضى المادة L 132/2 من القانون الصادر بتاريخ 10 يناير 1978، واستنادا إلى المادة أعلاه، تعتبر لجنة الشروط التعسفية لجنة استشارية مختلطة تعمل تحت إشراف الوزير المكلف بالاستهلاك، ومن مهامها دراسة كل الوثائق المعدة من طرف الموردين والموجهة أساسا إلى غير الموردين أو المستهلكين وتتضمن شروطا يغلب عليها الطابع التعسفي، كما يبقى من حق المحكمة عندما تعرض عليها دعوى إبطال الشرط التعسفي مراجعة هذه اللجنة لإبداء رأيها الاستشاري في القضية⁽²⁾. وتعود صلاحية عرض الوثائق على لجنة الشروط التعسفية إما بمبادرة من الدولة في شخص الوزير المختص بالاستهلاك أو جمعيات المستهلكين المعترف بها أو حتى من طرف الموردين أنفسهم، وتصدر هذه اللجان توصياتها إما بحذف أو بتعديل الشروط ذات الطابع التعسفي، ويمكن للوزير المعني بصفة تلقائية أو بناء على طلب أحد المتدخلين أن يأمر بنشر هذه التوصيات دون أن يؤدي هذا الشر إلى الإضرار بسمعة الغير.

وتجدر الإشارة إلى أن لجنة الشروط التعسفية في فرنسا تضم قاضيين أحدهما رئيسا والآخر نائبا له، كما تضم اللجنة بالإضافة للعناصر القضائية عناصر إدارية ومستشارين في مجال العقود⁽³⁾.

¹ - حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 131.

² - بخصوص القوانين العربية، نجد أن المشرع الجزائري قد نص على إحداث لجنة الشروط التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 306/06، غير أن اختصاصات هذه اللجنة بموجب القانون الجزائري لا يضاهي اختصاصات اللجنة في ظل القانون الفرنسي، وخاصة الدور الاستشاري حيث يعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينص على أي دور استشاري للجنة لدى القضاء. كما فعل المشرع الفرنسي بموجب المادة L132/2 وما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي.

³ - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص 30.

وتكمن أهمية دور لجنة مقاومة الشروط التعسفية في تحقيق التوازن العقدي، من خلال الانعقاد الدوري للجنة من أجل بحث وتحليل البنود التعسفية والتي يجبر المستهلك على قبولها كطرف ضعيف، وإذا تيقنت اللجنة أن هذه الشروط المفروضة على المستهلك تحمل الصفة التعسفية، فإنها تقوم بإصدار توصية بتعديل هذه الشروط، أو بإلغائها بالشكل الذي يضمن إعادة التوازن والتكافؤ بين المستهلك والمورد المهني⁽¹⁾.

وهنا يظهر بوضوح مدى أهمية الدور الذي تلعبه لجنة مقاومة الشروط التعسفية، كوسيلة قانونية تهدف إلى تحقيق التوازن العقدي في العقود الاستهلاكية بصفة عامة وفي عقود الخدمات بصفة خاصة، ولاشك أن هذا التوازن يمثل الهدف الرئيسي الذي تسعى إليه كل التشريعات من أجل تحقيق العدالة العقدية.

فبنظرة متخصصة للتوصيات الصادرة من هذه اللجنة، يتضح أنها تجنح نحو تحقيق نوع من التوازن في الحقوق والالتزامات التي يربتها عقد الاستهلاك في مواجهة المورد المهني والمستهلك، وعلى سبيل المثال ما يتعلق بمحتوى العقد أو بالجزاء المترتب على عدم تنفيذ أحد بنوده⁽²⁾.

ومنذ نشأة هذه اللجنة نجد أنها أصدرت أكثر من خمسين توصية تتعلق بمجالات متعددة ومختلفة، تهدف جميعها إلى توفير الحماية الوقائية من تعسف المهنيين⁽³⁾.

- KuhnMunch (O), La commission des clauses abusives et ses attributions in vingt ans de la commission des clauses abusifs ; revue concurrence consommation, octobre 1998, , p 9.

Voir aussi : Ghestin (J), les recommandations de la commission, in vingt ans de la commission des clauses abusifs ; revue concurrence consommation, octobre 1998. p 14.

¹ Sur le rôle de la commission des clauses abusives dans la recherche d'équilibre contractuel. Voir les développements de BARBIERE (J). Vers un équilibre contractuel recherche d'un nouvel équilibre dans la formation et l'exécution des contrats, thèse Toulouse 1981 p.337 à 382. Où l'auteur présente un examen détaillé des rapports set recommandation émises par la commission des clauses abusives entre, 1978 et 1981.

² - Voir : les actes du colloque organisé par la faculté de Chambéry le 29 mai 1998 et consacré aux « vingt ans de la commissions des clauses abusives ». Rev. Conc.cons. oct, 1998, p 105.

³ - RZEPECKI (N), Droit de la consommation et théorie générale du contrat, op.cit, p : 168.

وبذلك تلعب لجنة مقاومة الشروط التعسفية دورا هاما في توحيد قانون الشروط التعسفية، وفي مقاومة الشروط في تطوير المبادئ التي تتضمنها العقود الاستهلاكية النموذجية الخدماتية التي يعرضها الموردون على المستهلكين.

وبذلك فإننا نرى في هذه المسألة بأن دور لجنة الشروط التعسفية وبالاختصاصات الموكولة لها في القانون الفرنسي (الدراسة والتتبع والاستشارة القضائية)، تعزز الأمن التعاقدي للمستهلكين في عقود الخدمات، وبالتالي فحبذا لو اتجه المشرع المغربي إلى تعديل القانون 31.08 والتنصيص على لجنة للشروط التعسفية، والتي ستعمل على تقديم إضافة نوعية للحماية المرجوة للمستهلكين عموما ولمستهلكي الخدمات خصوصا، وهذا من شأنه أن يحقق الأمن التعاقدي الوقائي لمستهلكي الخدمات وذلك للأسباب التالية:

- حلول لجنة مقاومة الشروط التعسفية محل المستهلكين الدائم والمستمر في تتبع الممارسات العقدية، سيجعل الموردين سيتدخلون تلقائيا في مراقبة عقود الخدمات المعروضة
- إحداث لجنة البنود التعسفية بمكونات قضائية وخبراء العقود والقانون، سيشكل آلية تدخلية وقائية لمستهلكي الخدمات في مرحلة تكوين العقد، كما أنها ستكون آلية رقابية استباقية بمجال الأعمال في منظومة الإطار التعاقدي، ولتجاوز ضعف مستهلكي الخدمات التقني والقانوني وعدم الخبرة، حيث أن غالبية مستهلكي الخدمات يعتقدون أن جميع البنود العقدية الواردة في عقد خدمة استهلاكي هي بنود عقدية قانونية.

حيث أننا بالرجوع إلى التجربة الفرنسية، نجد أن دور لجنة الشروط التعسفية وتوجيهاتها ذات قيمة قانونية كبيرة، حيث أصبحت هذه الأخيرة وسيلة ضغط معنوي على الموردين المهنيين⁽¹⁾.

¹ - حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 141. وكذلك محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 135.

فوجود هذه اللجان يشكل حائط صد قوي لصالح طائفة المستهلكين، الأمر الذي يجعل الموردين يعزفون عن تضمين العقود الاستهلاكية لهذه البنود التعسفية، لأنهم يعلمون أن اللجنة تقضي بالمرصاد، لكل محاولة إجحاف يمارسها الطرف القوي المورد على الطرف الضعيف المستهلك، حيث تقوم اللجنة بفحص نماذج العقود المستعملة في الواقع العملي وتبحث عن الشروط التي تتصف غالبا بالطابع التعسفي، ثم تصدر توصيات باستبعاد الشروط المجحفة من العقود الدارجة في العمل⁽¹⁾.

لكن بعض الفقه الفرنسي يرى أن هذا الدور لا يعكس سوى قيمة أدبية لتوصية لجنة محاربة الشروط التعسفية، التي لا تتسم بأي طابع إلزامي يفرض على المهنيين احترامها عن طريق عنصر الإجبار، كما أنها ذات تشكيل وطبيعة إدارية ولا تتمتع بأي دور تشريعي أو قضائي، وبناء عليه فأصحاب هذا الرأي يجردون توصيات اللجنة من القيمة العملية، مقتصرين على إعطائها قيمة أدبية فقط، تتمثل في كونها وسيلة ضغط معنوي على المهنيين⁽²⁾.

لكن بالرغم من وجهة الاتجاه السابق واستناده على حجج منطقية تبرر ما وصل إليه، إلا أنه أغفل العديد من الأسباب التي تجعلنا نسلم بأن لجنة محاربة البنود التعسفية تتمتع بقيمة قانونية كبيرة وذلك من الجوانب التالية:

- فمن ناحية، نجد أن الواقع العملي يؤكد على أن المستهلك يتمسك دائما أمام القضاء بالتوصيات الصادرة من لجنة محاربة البنود التعسفية.
- من ناحية أخرى، تستخدم هذه التوصيات كمرشد للقضاة في التعرف على البنود التعسفية في المنازعات التي يفصل فيها، ويؤكد ذلك ما يمكن أن نلاحظه من مسلك القضاء الفرنسي الذي يظهر منه تبنيه لآراء لجنة محاربة الشروط التعسفية في العديد من المنازعات الرائجة أمامه، وهكذا فقد قضت

¹ - إبراهيم عبد العزيز داوود، مرجع سابق، ص 148.

² - LEVENEUR (M), La commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations, in le renouvellement des sources des obligations, journées national de l'Association. H. Capitant, LGDJ, 1997, p 163.

محكمة النقض في قرار لها صادر بتاريخ 10 فبراير 1998 بتأييد الحكم الصادر عن قاضي الموضوع، والذي انتهى إلى وصف أحد البنود المفروضة من قبل أحد مؤسسات التعليم العالي بالتعسف، هذه المؤسسة التعليمية التي كانت قد فرضت دفع مصروفات الدراسة بالرغم من وجود قوة القاهرة حالت دون دفع هذه المصروفات، ولقد ذهبت محكمة النقض في تأييدها حكم محكمة الموضوع، إلى أن هذا الحكم يجد أساسه بشكل واضح وصريح في أحد توصيات لجنة محاربة الشروط التعسفية الصادرة في 7 يوليوز 1989⁽¹⁾.

ويتجلى موقف الفقه الفرنسي الذي يقلل من أهمية دور لجنة محاربة الشروط التعسفية، لافتقادهما لعنصر الجبر والإلزام اللازمان لتفعيل توصياتها، إلا أن جانبا آخر من الفقه يتزعمه الفقيه جستان GHESTIN الذي يرى أن توصيات اللجنة وآرائها، قد ساهمت بدور كبير في مساعدة القضاء على الفصل في المنازعات المتعلقة ببحث مدى توافر الشروط التعسفية، حيث أصبحت هذه التوصيات مصدرا هاما من المصادر التي يستند عليها قاضي الموضوع، في الفصل في المنازعات أو كما يقال مصدرا من مصادر إلهامه⁽²⁾.

وبالرغم من كون هذه التوصيات تفتقر لعنصر الإلزام، إلا أنها تحتوي على قواعد قانونية تمتلك أثرا فعالا فيما يتعلق بالنظام العام الذي يحد من الحرية التعاقدية⁽³⁾.

¹ - Cass. Civ 1ch. 10 Février 1998, Rev. Trim. dr.civ 1998, p 674. Obs, MESTRE (J), La première chambre civile a précisé que la solution retenue par les juges rejoignait, la recommandation n° 91-09 du 7 juillet 1989 de la commission des clauses abusives,

² - « Une source d'inspiration pour les juges du fond », voir :
- GHESTIN (J), les recommandations de la commission in vingt ans de la commission des clauses abusives, op.cit, p : 22.
- Voir aussi : SINAY- CytermANNE, Protection ou surprotection du consommateur, J.C.P 1994, P 512.
- Cass.Civ 1^{ère}, 16 juillet 1987 Dalloz 1988, 49 civ 1^{ère}, 14 mai 1991. D 1991, p 449. note J. Calais – Auloy.

³ - Des normes juridiques dotées d'une action effective importante quant à l'ordre public limitant la liberté contractuelle, GHESTIN (J), les recommandations de la commission, op.cit, p.22.

وبخصوص المشرع البريطاني فقد وسع من صلاحية لجنة مواجهة الشروط التعسفية "Office of Fair Frading"، بحيث لا يقتصر دورها في تقديم توصيات أو آراء، وإنما تقدم شهادات للمهنيين تثبت اعتمادهم عقودا خالية من البنود التعسفية⁽¹⁾.

وفي الأخير نشير إلى أنه رغم هذه الأدوار المهمة التي تقوم بها لجنة البنود التعسفية في فرنسا، فإن هناك من الباحثين الفرنسيين من يتوقع تراجع دورها في المستقبل، وذلك بسبب كثرة النصوص التشريعية والتنظيمية سواء على المستوى الأوروبي أو الوطني، بالإضافة إلى توسيع إمكانية تدخل القاضي وتزايد نشاط جمعيات حماية المستهلك⁽²⁾.

في ختام هذا المطلب نقول بأن إنشاء لجنة للشروط التعسفية في القانون المغربي، سيجسد مسلك تشريعي يشجع على تعدد سلطات الرقابة على البنود التعسفية، كما أنه سيقدم وبحق ضمانة حقيقية لتفعيل الرقابة الحقيقية على البنود التعسفية الواردة في عقود الخدمات، كما أنه سيسهم في خلق وسائل وقائية لمستهلك الخدمة وعدم الاقتصار على الوسائل العلاجية فقط.

فالوسائل الوقائية هي الثمرة الحقيقية للتعامل المباشر مع ظاهرة البنود التعسفية، التي تحاربها جميع النظم القانونية الحديثة، والتي تسعى إلى تحقيق الأمن التعاقدي لمستهلكيها.

كما أنه ليس هناك أدنى تعارض بين هذه اللجنة الإدارية وبين القضاء، بل على العكس سيفرز ذلك تعاون مشترك يهدف إلى تحقيق هدف واحد يتمثل في توفير أفضل رقابة على البنود التعسفية في عقود الخدمات، يتمثل في الجمع بين الرقابة القضائية والرقابة الإدارية لتحقيق الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات، كما أن ذلك سيعالج التعامل السلبي للمستهلكين مع هذه البنود التعسفية نظرا لسيادة الاعتقاد بكون هذه البنود بنود

¹ - زوبة سميرة، مرجع سابق، ص 119.

² - Roth (C) :La commission des clauses abusives, un ministère d'influence à succès, Revue Lamy droit civil, N° 61, 2009, p 6.

قانونية في أفق الوصول إلى الوعي القانوني الكافي بالقواعد القانونية للاستهلاك مع مرور الزمن.

المطلب الثاني: الأسلوب المختلط

نظرا لمظاهر القصور التي تعترى النظام اللائحي بمختلف تدابيرها سواء التحديد الإلزامي بواسطة المراسيم أو القائمة، فقد اعتمدت بعض التشريعات أو بالأحرى انتقلت من أسلوب الحظر إلى أسلوب أكثر انفتاحا ومرونة في التعامل مع البنود التعسفية، ومواجهتها في الواقع العملي باعتماد المنهج المختلط، هذا المنهج الذي يقوم على المزاوجة بين أسلوب الحظر أو اللائحي والأسلوب التقديري (الفقرة الأولى)، ومع تبني التشريع المغربي لنظرية البنود التعسفية، وما يترتب عن ذلك من آثار قانونية متمثلة في الانتقال إلى التعامل مع البنود التعسفية بصفة مباشرة، أصبح يطرح معه وبإلحاح طبيعة المقاربة التي يمكن أن نقول قد تبناها في تحديد البنود التعسفية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المزاوجة بين الأسلوب اللائحي والأسلوب التقديري

لقد تبنت مجموعة من التشريعات الأسلوب المختلط الذي يمزج بين المقاربة اللائحية والمقاربة التقديرية⁽¹⁾، وذلك بفعل تطور طبيعي لمسيرة وتجاوز مظاهر القصور التي تعترى الأسلوب اللائحي، في توفير الحماية اللازمة للمستهلكين في البنود التعسفية، وخاصة في عدم قدرة هذا الأسلوب الأخير في مسايرة مستجدات الممارسة العقدية بين الموردين مزودي المستهلك بالخدمات والمستهلكين كأطراف ضعيفة، لذلك كان التفكير جادا من طرف التشريعات في ضرورة فتح الباب أمام أسلوب أكثر مرونة واستيعابا لمواجهة المستجدات التعاقدية، التي تهم حماية المستهلك من البنود التعسفية، حتى ولو تم إدراجها من طرف الموردين في المضمون العقدي وجاءت مرحلة تنفيذه، فاتجهت التشريعات إلى منح القضاء صلاحية واسعة في مواجهة البنود التعسفية، وهو ما يطلق عليه بالأسلوب التقديري.

¹ - مثل القانون البلجيكي والإنجليزي والهولندي.

ويقصد بالأسلوب التقديرى في مجال تحديد البنود التعسفية، الحالة التي يمنح فيها للمحكمة سلطة تقديرية في إبطال شروط العقد التعسفية استنادا إلى تعريف قانوني⁽¹⁾.
وكمثال على ذلك ما تضمنه الفصل 149 من القانون المدني المصري⁽²⁾ الذي ينص على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط وأن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضيه به العدالة ويقع كل اتفاق على خلاف ذلك"، وهو الاتجاه الذي سارت عليه المادة 81 من القانون المدني الكويتي عندما نصت على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي بناء على طلب الطرف المذعن أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافا أو أن يعفيه كلية منها ولو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقا لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وبخصوص التشريع الفرنسي، فإن الأسلوب التقديرى عرف نقاشا كبير بين الفقه والقضاء، حيث أنه في ظل صدور قانون الاستهلاك الفرنسي بدأ التساؤل حول سلطة القاضي في تقرير بطلان البنود التعسفية، لكون تدخل القاضي في المرحلة السابقة على صدور هذا القانون خضع لتحكم القاضي في كل حالة على حدة⁽³⁾، لانتفاء القاعدة الآمرة التي تعتبر أحد الشروط تعسفية، وهو ما جعل دور القاضي ينحصر في إبطال الشرط، وليس له أي سلطة تقديرية في اعتبار هذا الشرط أو ذاك تعسفيا.

وتأكيدا لهذا ذهبت محكمة استئناف باريس إلى أن القانون رقم 78-23 الصادر في 10 يناير 1978 لا يحتمل غير التفسير الضيق، ومن ثم انتهت المحكمة إلى رفض الحكم باعتبار الشرط محل النزاع تعسفيا، بحسبان أنه لم يصدر به قرار من السلطة المختصة باعتباره تعسفيا⁽⁴⁾.

¹ - العربي مياد، إشكالية التراضي في عقود الإذعان، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2000-2001، ص 519.

² - إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للقانون المدني، عدد 3 يونيو 2001، وجدة، ص 77.

³ - François Xavier (T), le juge et contrat d'adhésion, JCP. G.I, 3673, 1993, p 197.

⁴ - حكم أشار إليه محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص 110.

ولقد درج القضاء الفرنسي على مؤازرة الاتجاه السابق، ومن ثم اقتصر دور القاضي على إبطال البنود التعسفية الواردة بالمراسيم الصادرة إنفاذا لقانون الاستهلاك دون غيرها، حتى اتجهت محكمة النقض إلى الخروج من الإطار السابق وذلك في قرار صادر بتاريخ 16 يوليوز 1978⁽¹⁾ وأجازت للقاضي أن يصدر جزاء بالنسبة لأي شرط وارد بأي عقد استنادا لنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، وفي غياب القانون الذي يحكم التعسف قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز للقاضي اعتبار شرط ما كأنه غير مكتوب بسبب الصفة التعسفية، استنادا لمنحه أحد المتعاقدين ميزة مفرطة جعلته يفرضه على الطرف الآخر بفضل قوته الاقتصادية⁽²⁾.

وظل هذا الاتجاه ينحو نحو الاعتراف للقاضي بالسلطة التقديرية للشروط التعسفية، أو بمعنى آخر بسلطة تقدير الصفة التعسفية للشرط حتى صدر حكم محكمة النقض والذي مثل صفة قوية⁽³⁾ للتوجه الذي يرفض التدخل القضائي في تحديد تعسفية البنود العقدية، حيث قضت محكمة النقض وبعبارات لا يشوبها الغموض، أن الحكم المطعون فيه استنتج أن مثل هذا الشرط (محل النزاع) يمنح المتعاقد مزية فاحشة (للمودع لديه) الذي كان في وضع اقتصادي مكنه من فرضه على العميل (المستهلك)⁽⁴⁾، وقررت المحكمة أن هذا الشرط يتضمن صفة تعسفية، ويجب أن يعد غير مكتوب أي كأن لم يكن، إلى أن قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 26 ماي 1993 المبدأ العام والخاص بفرض رقابتها على مسألة تقدير قضاة الموضوع للصفة

التعسفية للشرط باعتبارها من المسائل القانونية، والخاضعة لرقابتها⁽⁵⁾ في ظل قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 96 سنة 1995 والخاص بنقل التوجيه الأوروبي

¹ - Cass. Civ 1^{er} ch 16. Jui Dalloz, 1987, obs. Aubert.

² - Cass. Civ 1^{re} ch 6 décembre 1991, Dalloz 1991.449. Note, GHESTIN. (J).

³ - Mazeaud Denis , Le juge face aux clauses abusives, in le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993, p 34.

حيث عبر على أن الحكم كان بمثابة "Coup de Force"

⁴ - محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 138.

⁵ - حيث جاء في حكمها:

1993، فأصبح هذا التوجه القضائي مقررا بموجب نص الفقرة الأولى من المادة 1/132 والخاصة بالشروط التعسفية، الذي يتصدى فيه القاضي بنفسه البحث عن الصفة التعسفية للشرط الوارد في العقد، دون الحاجة إلى صدور قرار باعتباره شرطا تعسفيا، ومسترشدا في ذلك بالقائمة الملحقة بقانون الاستهلاك، وعلى ما جرت به الفقرة الثالثة من المادة ذاتها، ومن حقه أن يستعين برأي لجنة مقاومة الشروط التعسفية، دون إلزام من الأخيرة يقيد سلطته (القاضي) في تقدير الصفة التعسفية للشرط، وهكذا نجد أن المشرع الفرنسي انتقل من الأسلوب اللائي الصرف إلى الأسلوب المختلط الذي يمزج بين مزايا الأسلوب الأول والأسلوب التقديرى، بما يحقق حماية فعالة للمستهلكين من البنود التعسفية الواردة في العقود الاستهلاكية، سواء عقودا بيع سلع أو تقييم خدمات، وإذا كان المشرع المغربي قد تبنى نظرية البنود التعسفية في قانون تدابير حماية المستهلك والتي أصبح معها المشرع المغربي يتعامل مباشرة مع البنود التعسفية يبقى التساؤل المطروح حول نوعية المقاربة التي اعتمد التشريع المغربي تحديد البنود التعسفية (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: نوعية المقاربة المعتمدة في التشريع المغربي في تحديد البنود التعسفية

إن منهجية التعامل المباشر مع الشروط التعسفية أدت إلى تبني رؤية خاصة لها، فالمشرع المغربي يرى أن أفضل الطرق لحماية مستهلكي الخدمات يكمن في تحديد البنود التعسفية، سواء كان بالمنهج الإلزامي اللائي أو المنهج التقديرى، ولاشك أن هذا التحديد يعتبر ملائم لضمان الأمن التعاقدى لمستهلكي الخدمات في مرحلة تكوين العقد، أو في مرحلة تنفيذه، وهذا التعامل المباشر مع البنود التعسفية جعل المشرع المغربي يتحرر من كل القيود التقليدية التي فرضتها النظرية العامة للعقد، وخاصة مبدأ العقد شريعة التعاقد، حيث أفرد قسما خاصا بالبنود التعسفية يحمل في طياته توجهها تقدما نحو

« Le caractère abusive d'une clause est une question de droit soumise au contrôle de la cour de Cassation. Voir : code de la consommation, Annotation de jurisprudence et bibliographie par Calais Auloy (J), édition , Dalloz, 1996, p 122.

حماية المستهلك بصفة عامة، ومستهلكي الخدمات بصفة خاصة، في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية، غير أن التساؤل طرح حول طبيعة المنهج الذي أراده المشرع في تحديد البنود التعسفية، فبالرجوع إلى قانون الاستهلاك المغربي رقم 31.08 وخاصة المادة 15 منه نجدها قد أوردت تعريفا عاما للبند التعسفي بنصها على أنه: "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك"، وهكذا نجد أن المشرع المغربي قد حدد معيارين لاعتبار البند الوارد في العقد الاستهلاكي ذو طبيعة تعسفية، فالمعيار الأول، يجب أن يترتب عن البند أو يكون الغرض منه إحداث اختلال كبير، وهو نفس المعيار الذي سبق أن تبناه المشرع الفرنسي في المادة 1-212 من مدونة الاستهلاك التي جاء فيها أن تكون تعسفية الشروط التي يكون موضعها أو يترتب عليها عدم توازن ظاهر، بين حقوق والالتزامات أطراف العقد على حساب المستهلك⁽¹⁾، وكذلك المعيار الوارد في المادة 3 من التوجيه الأوروبي رقم 93.13 الصادر في 5 أبريل 1993 كما وقع تعديله سنة 2009 التي نصت على أن "كل شرط في عقد لم يكن محل مناقشة فردية والذي رغم توفر حسن النية يخلف على حساب المستهلك عدم توازن شاسع بين حقوق والتزامات الأطراف"⁽²⁾.

إذن فالمعيار المتبنى من قبل القانون 31.08 هو معيار موضوعي، يتمثل في الاختلال الواضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد، فلا أهمية إذن للقوة الاقتصادية⁽³⁾، ذلك أن وجود هذه القوة مفروض في عقود الإذعان، وعليه فإن المستهلك

¹ -Article 212-1 dispose que : « dans les contrats conclus entre professionnels et ou consommateur, sont abusive les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non- professionnel ou du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties aux contrats".

² - Chaque clause du contrat n'a pas fait l'objet d'une discussions individuelle, bien que coupée la bonne foi crée au depuis du consommateur un énorme déséquilibre les droits et obligations des parties.

³ - غيثة ذكراوي، حدود حماية المستهلك من الشرط التعسفي، مرجع سابق، ص 284.

لا يكون مطالباً بإثبات وجود هذا العنصر⁽¹⁾، وأيضاً فإن تحديد الطابع التعسفي للشرط لا ينظر إليه من خلال الشرط في حد ذاته بل من خلال الاقتصاد العام للعقد⁽²⁾.

أما المعيار الثاني، فيجب أن يكون هذا الاختلال في صالح المورد على حساب المستهلك، باعتبار أن المعنى بالحماية من البنود التعسفية هو المستهلك، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً وليس المهني.

وبعد المادة 15 نصت المادة 18 من نفس القانون على أنه: "مع مراعاة تطبيق النصوص التشريعية الخاصة أو تقدير المحاكم أو هما معاً وعلى سبيل المثال لا الحصر، تعتبر الشروط تعسفية إذا كانت تتوفر فيها شروط المادة 15، ويكون الغرض منها أو يترتب عليها ما يلي:

1. إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته.
2. احتفاظ المورد بالحق في أن يغير من جانب واحد خصائص المنتج أو السلعة المزمع تسليمها أو الخدمة المزمع تقديمها.
3. إعفاء المورد من المسؤولية القانونية أو الحد منها في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسيمة نتيجة تصرف أو إغفال من المورد.
4. إلغاء حقوق المستهلك القانونية أو الحد منها بشكل غير ملائم إزاء المورد أو طرف آخر في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من لدن المورد لأي من الالتزامات التعاقدية بما في ذلك إمكانية مقاصة دين للمورد على المستهلك بدين قد يستحقه هذا الأخير على المورد.
5. التنصيص على الالتزام النهائي للمستهلك في حين أن تنفيذ التزام المورد خاضع لشرط يكون تحقيقه بإرادته وحده.

¹ - أحمد كويسي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 2، 2009، ص 21.

² - أبو بكر مهم، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، قراءة في المواد 15 إلى 20 من القانون رقم 31.08، المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مجلة القضاء والقانون، العدد 6، 2012، ص 144.

6. فرض تعويض مبالغ فيه أو الجمع بين عدة تعويضات أو جزاءات عن عدم وفاء المستهلك بالتزاماته.
7. تخويل المورد الحق في أن يقرر في فسخ العقد، إذا لم تمنح نفس إمكانية للمستهلك والسماح للمورد بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة برسوم خدمات لم ينجزها بعد عندما يقوم المورد نفسه بفسخ العقد.
8. الإذن للمورد في إنهاء العقد غير محدد المدة دون إعلام سابق داخل أجل معقول ما عدا في حالة وجود سبب خطير.
9. تمديد العقد محدد المدة بصفة تلقائية في حالة عدم اعتراض المستهلك عندما يحدد أجل يبعد كثيرا عن انتهاء مدة العقد باعتباره آخر أجل ليعبر المستهلك عن رغبته في عدم التمديد.
10. التأكيد على قبول المستهلك بصورة لا رجعة فيها لشروط لم تنتج له بالفعل فرصة الاطلاع عليها قبل إبرام العقد.
11. الإذن للمورد في أن يغير من جانب واحد بنود العقد دون سبب مقبول ومنصوص عليه في العقد ودون إخبار المستهلك بذلك.
12. التنصيص على أن سعر أو تعريفه المنتوجات والسلع والخدمات يحدد وقت التسليم أو عند بداية تنفيذ الخدمة أو تخويل المورد حق الزيادة في أسعارها أو تعريفها دون أن يستهلك.
13. تخويل المورد وحده الحق في تحديد ما إذا كان المنتج أو السلعة أو الخدمة المقدمة مطابقة لما منصوص عليه في العقد أو في تأويل شرط من شروط العقد.
14. تقييد التزام المورد بالوفاء بالتزامات التي تعهد بها وكلاؤه أو تقييد التزاماته باحترام إجراء خاص.
15. إلزام المستهلك بالوفاء بالتزاماته ولو لم يف المورد بالتزاماته.
16. التنصيص على إمكانية تفويت العقد لمورد آخر إذا كان شأنه أن يؤدي إلى تقليص الضمانات بالنسبة إلى المستهلك دون موافقة منه.

17. إلغاء أو عرقلة حق المستهلك في إقامة دعاوى قضائية أو اللجوء إلى طرق الطعن، وذلك بالحد بوجه غير قانوني من وسائل الإثبات المتوفرة لديه أو إلزامه بعبء الإثبات الذي يقع على طرف آخر في العقد طبقا للقانون المعمول به".

فبقراءتنا للمادة 18 في ضوء المادة 15 نستخلص أن المشرع المغربي قد اعتمد الأسلوب التقديرى في تحديد البنود التعسفية، وليس الأسلوب اللائحي أو الأسلوب الذي يعتمد على اللائحة السوداء واللائحة الرمادية، وذلك للاعتبارات التالية:

- أن المادة 15 جاءت بتعريف للشرط التعسفي، والذي يتضمن معيارا عاما للقول بكون الشرط يكتسي صفة التعسف "وهو معيار الاختلال الكبير"⁽¹⁾.

- أن اللائحة الواردة في المادة 18 هي لائحة غير حصرية واردة على سبيل المثال... أو هي بنود غير تعسفية في ذاتها، بمعنى أن هذه البنود يجب إخضاعها لمعيار الموازنة الوارد في المادة 15، ويظهر ذلك جليا من خلال قول المشرع "تعتبر الشروط تعسفية إذا كانت....".

فهو يستعمل هنا أداة الشرط "إذا"، وبالتالي فهو يقيد اعتبار هذه البنود الواردة في اللائحة تعسفية تحقق شرط أساسي ومهم، هو أن تتوفر فيها شروط المادة 15 المتمثلة في ضرورة خلقها لاختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد إضرارا بالمستهلك⁽²⁾.

وعليه فإن القاضي هو الذي يقوم بإعمال سلطته التقديرية، لتحديد ما إذا كان بندا أو بنودا واردة في عقد استهلاكي خدماتي كونها تعسفية من عدمها، وهذا طبعا في ضوء المعايير العامة التي حددها المشرع للتعسف، وهو الاختلال الكبير الذي يترتب آثار الإبقاء على البند.

¹ - يوسف المومني، دعوى إبطال البنود التعسفية، دراسة في ضوء قانون 31/08 المتعلق بتحديد تدبير حماية المستهلك، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، السنة الجامعية 2011-2012، ص 38.

² - أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، المرجع سابق، ص 240.

ونحن نؤيد هذا النهج الذي تبناه المشرع المغربي في تحديد البنود التعسفية، وذلك للإيجابيات التالية:

- بفضل هذا النهج سيتم تلافي الجمود الذي طبع المنهج اللائحي في ظل التجربة الفرنسية⁽¹⁾، وعدم مسايرة المستجدات التعاقدية والبنود المبتكرة من طرف الموردين والتي تتصف بالتعسف.
- مرونة هذا المنهج يسمح بتدخل قضائي إيجابي لإعمال سلطته التقديرية في تحديد تعسفية البنود الواردة في العقد الاستهلاكي الخدماتي، خاصة عند وجود منازعة عقدية، حيث يمكن للقاضي إثارة تعسفية بنود تلقائيا من بوابة النظام العام، التي تتميز بها أحكام الشروط التعسفية في القانون المغربي في ظل القانون 31.08، وهكذا فإن القاضي يمكنه أن يعتبر شرطا بأنه ذو طابع تعسفي، على الرغم من عدم وروده في اللائحة المنصوص عليها في المادة 18، إذا توفرت فيه الشروط التي يتطلبها المشروع في المادة 15، أي إذا كان يخلق اختلالا كبيرا في التوازن بين حقوق.

وهكذا يظهر أن المشرع المغربي لم ينفج طريقة الشروط الممنوعة بصفة مطلقة كل هو الحال في ألمانيا وجزئيا في فرنسا، أي ما يسميه بعض الفقه باللائحة السوداء⁽²⁾، بل فقط نص على وجود لائحة رمادية للشروط التي تعتبر تعسفية.

وربما يرجع هذا الإحجام عن التنصيص على إصدار لائحة سوداء، أي تلك التي تتضمن الشروط التي تعتبر تعسفية بذاتها، وبالتالي باطلة في جميع الأحوال بمجرد إدراجها في العقد، لأن المشرع تنبه إلى التناقض الذي يمكن أن يثيره التنصيص على مثل هذه اللائحة السوداء والتعريف الذي أعطاه للشرط التعسفي في المادة 15، لأن إصدار لائحة سوداء، لا يستقيم بتاتا مع الشروط التي تتطلبها هذه المادة في الشرط التعسفي والذي يجب للقول بوجوده أن يخلق اختلالا كبيرا في حقوق والتزامات

¹ - الجدير بالذكر أن هذا النظام لم يعرف نجاحا كبيرا في فرنسا حيث لم يتم منع إلا 3 شروط في ظل هذا النظام (المادة 1 من مرسوم 24 مارس 1978).

² - Calais Auloy (J). Steinmetz (F). Droit de la consommation, 7^{ème} éd. Dalloz 2006, p.13.

الأطراف، بما يتطلبه ذلك من ضرورة النظر إلى مجموع العقد لتحديد تعسفية البند أو البنود الواردة فيه، لأنه حسب التعريف الذي جاء به المشرع، فإنه لا ينظر إلى الشرط في حد ذاته بل إلى العقد برمته⁽¹⁾.

• تأكيد المشرع في المادة 18 على تقدير المحاكم، وهو توجه على أن صلاحية تحديد وتقدير تعسفية البند أو البنود يبقى من صميم عمل القاضي، الذي يتوجب عليه الموازنة بين حقوق والتزامات الأطراف، لاسيما وأن المشرع أشار صراحة في المادة 18 إلى أن الشروط الواردة في هذه اللائحة هي واردة على سبيل المثال لا الحصر.

ومع ذلك وعلى الرغم من أن الشروط الواردة في هذه اللائحة تتضمن قرينة على أنها تعسفية، إلا أنها تبقى قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، كما يظهر جليا من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 18 التي جاء فيها: "في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن شرطا تعسفيا يجب على المورد الإدلاء بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع".

وأخيرا فإنه بالقراءة التكاملية للمادتين 15 و 18 نبدي الانتقادات التي وجهت للأسلوب الذي تعامل به المشرع المغربي، مع إشكالية تحديد البنود التعسفية من طرف بعض الباحثين القانونيين المغاربة، حيث ذهب منهم إلى القول أنه كان يجب تلافي وضع لائحة لنتائج البنود التعسفية، وإن على سبيل المثال في النص القانوني وترك مجال ذلك لنص تنظيمي، بالنظر إلى ما تتفق عنه ذهنية التجار ورجال الأعمال كل يوم من ممارسات، وطرق وأساليب جديدة لا يمكن التنبؤ بها⁽²⁾.

كما أننا نقول بأنه أحسن المشرع ما فعل لما اتبع الأسلوب التقديرى، وكذلك لما اكتفى بوضع شروط ومعايير عامة تمكن من القضاء على إدخال مجموعة من البنود التعسفية، التي تظهر مع الممارسة اليومية للمهنيين عند إبرامهم للعقود مع المستهلكين،

¹ - أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، مرجع سابق، ص 241.

² - رياض فخري، تقديم قانون حماية المستهلك، مجلة الدفاع، العدد 6، أكتوبر 2011، عدد خاص بأشغال الندوة العلمية التي نظمتها هيئة المحامين بسطات بتعاون مع مختبر قانون الأعمال بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، في موضوع: "قراء في القانون 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك" المنظمة بتاريخ 17 يونيو 2011، ص 26.

وهذا ما يضيف على القاعدة القانونية المقررة لحماية المستهلك من البنود التعسفية القابلة للتوقع، وكذلك فإن اللائحة الواردة في المادة 18 تساعد على توضيح الرؤية للقضاء، الأمر الذي يؤدي إلى تحقيق الأمن القانوني والتعاقد لمستهلك الخدمة، هذا الأخير الذي من أسسه وضوح القاعدة القانونية وقابليتها للتوقع⁽¹⁾، غير أنه ورغم ارتباط هذين الأمرين فإن التركيز يقع غالبا على قابلية التوقع في القانون، باعتبار التوقع شرطا للأمن القانوني، حيث يعرف الأطراف مسبقا كيف ينظمون علاقاتهم بشكل مقبول من الناحية القانونية، وكذا المعرفة مسبقا بما هو مسموح وما هو ممنوع⁽²⁾.

المبحث الثاني: صور البنود التعسفية المدرجة في نماذج عقود الخدمات الاستهلاكية وأثرها على الأمن التعاقدي.

بالرجوع إلى الواقع العملي والممارسة العقدية، فإننا نرصد مجموعة من البنود التعسفية التي يلجأ إليها موردو الخدمات والسلع فهي تتطور وتتغير بحسب أنواع هذه العقود، فحصر الشروط التعسفية بشكل مطلق أو نهائي يعد من الأمور المستحيلة، لاسيما وأن حرية التعاقد تسمح دائما بالمزيد من التحايل حتى يستطيع الطرف المهني الأكثر مقدرة وخبرة، أن يوجه العقد لمصلحته وبغض النظر عن مصلحة الطرف الآخر، التي قد يسعى المحترف المورد إلى إهدارها⁽³⁾، والمشرع المغربي كما أسلفنا حدد البنود التعسفية بناء على معيار الغرض، أو الأثر الذي يترتب عليه إحداث اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك، مع استحضار جميع الظروف المحيطة بإبرامه وجميع الشروط الأخرى الواردة في العقد، وكذلك المشرع الفرنسي اعتبر الشرط تعسفيا إما بالنظر إلى الظروف التي قد تجعل من الشرط متصفا بالتعسف⁽⁴⁾، وهكذا فإن مجال خلق البنود التعسفية يبقى واسعا، ويشمل بنية العقد

¹ - عبد المجيد اغميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الحقوق المغربية، العدد 7، 2009، ص38.

² - يوسف المومني، دعوى إبطال البنود التعسفية، مرجع سابق، ص 39.

³ - حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 1150.

⁴ - qui ferait du déséquilibre un objet de la clause, sa finalité son existence n'ont pas été créées. Ce déséquilibre peut être aussi envisagée une lecture plus ouverte. Ce sont ici les conditions et les circonstances de l'application de la clause qui conduisent à ce qu'elle

الاستهلاكي وجميع مقتضياته ومضامينه، وبما يخدم المصلحة القانونية والاقتصادية للموردين وعلى حساب المستهلكين، هذه البنود التي يمكن تصنيفها في موضعين البنود التعسفية المدرجة من طرف مورد الخدمة ليحقق مصلحته وفقا لإرادته المنفردة (المطلب الأول) وبنود تعسفية مرهقة الالتزامات مستهلكي الخدمة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: بنود تعسفية مدرجة وفقا لإرادة المنفردة للمورد

لقد أشارت المادة 18 من القانون 31.08 المتعلق بتحديد التدابير حماية المستهلك إلى مجموعة من البنود التي دأب الموردون على إدراجها في عقود الخدمات، وهي بنود مستقاة من الواقع المألوفة في الوسط المهني، كما أن البعض منها مستقاة من قرارات القضاء الفرنسي، الذي كان له حصب السبق إعلان مجموعة من البنود كونها تتميز بطابع التعسف، لكونها مدرجة وفقا للإدارة المنفردة للمورد، وهي بنود تركز هيمنة مورد الخدمة على مصير العقد، سواء في مرحلة إبرامه أو في فسخه (الفقرة الأولى)، وإما أنها بنود تركز سيطرة المورد في حسم مسألة تنفيذ العقد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: بنود تركز هيمنة إرادة مورد الخدمة على مصير العقد

تتمثل هذه البنود في تعليق إبرام العقد على إرادة المورد المنفردة (أولا)، كما أن بعضها يستهدف منح صلاحيات واسعة للمورد في فسخ عقد الخدمة للاستهلاكي (ثانيا).

أولا: تعليق إبرام العقد على إرادة مورد الخدمة

عادة ما يسبق مرحلة الارتباط العقدي مفاوضات ومناقشات بين طرفيه، رغبة منهما في الوصول إلى اتفاق نهائي، ومن ثم الوصول إلى الصيغة النهائية لشكل ومضمون العقد الذي ارتضاه هذين الأخيرين، وتسمى هذه المرحلة بمرحلة ما قبل

crée untel déséquilibre ici le déséquilibre serait plus un effet (de l'application de la clause qu'un objet, voir : WALTER (Jean.Baptiste). Revue de la recherche juridique, droit prospectif, 2011. N1°, p 353.

التفاوض على العقد⁽¹⁾، وهي المرحلة التي لم يرتب فيها العقد آثاره، لعدم وجود الرابطة التعاقدية، إلا أن الأمر لم يصبح بهذه البساطة، نظرا لظهور أنماط جديدة للتعاقد أصبح فيها جانب التفاوض مقلصا إن لم يكن معدوما، وعلى العموم كادت العقود الاستهلاكية أن تتفق في احتوائها على شرط يرمي مضمونه إلى إلزام المستهلك بشكل نهائي بمحتوى العقد، في حين يحتفظ المهني لنفسه من خلال نفس الشرط بأجل طويل، ليقرر ما إذا كان سيقبل على العقد أم لا⁽²⁾.

وتجد الشروط الإرادية مرتعا خصبا لها في العقود الملزمة للجانبين، والتي يكون فيها كل طرف دائن ومدين في آن واحد⁽³⁾، ونتيجة لذلك يصبح المستهلك الراغب في إبرام عقد استهلاكي للخدمة في اللأمن، بسبب عدم وضوح إرادة المهني، ذلك أن الشرط الإرادي قد يمثل التعسف الذي ينتج عنه بأس شديد على المستهلك كطرف ضعيف، إذ يتجلى مضمون هذا الشرط أن يكون تنفيذ المهني لالتزاماته معلقا على إرادته المستقبلية، ولأن الشرط الإرادي في حد ذاته يظل دائما وأبدا ذا مفهوم غامض، ويأتي في صيغة معقدة ومتنازع حولها، يستخدمه الأطراف ذوو النوايا السيئة ويتعسفون في استعماله لمحاولة الإفلات من التزاماتهم⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى ظهير الالتزامات والعقود المغربي نجده لم يتطرق لتعريف الشرط الإرادي بطريقة مباشرة وصريحة، وإنما بطريقة غير مباشرة تستشف من نص الفصل 112 منه والذي جاء فيه، على أنه: "يبطل الالتزام إذا كان وجوده معلقا على محض إرادة الملتزم"، أي أنه اعتبر الشرط الإرادي ذلك الشرط الذي يعلق على محض إرادة المدين، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض بما يلي: "ينص الفصل 112 من ق.ل.ع.م على أنه يبطل الالتزام إذا كان معلقا على محض إرادة الملتزم، ولهذا يكون

¹ - محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، السنة السابعة والعشرون، العدد 54، أبريل 2013، ص 2.

² - نزهة الخلدي، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 22.

³ - عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، دار الأمان، الرباط، 2011، ص 9.

⁴ - غيثة ذكاوي، مرجع سابق، ص 23.

لاغيا الشرط الوارد في رسالة شغلت الطاعنة بمقتضاها المطلوب في النقض، وحددت مدة تمرين الأجير في ستة أشهر على الأقل، ذلك الشرط القائل بأنه أثناء الثلاثة أشهر الأولى لمدة التمرين يمكن إلغاء العقد بدون إنذار أو تعويض، ويمكن للشركة إما أن تفصل الأجير بدون إنذار وإما أن تسمح له بمتابعة التمرين⁽¹⁾.

وهو ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالقنيطرة كذلك في قرارها الذي قضت فيه بما يلي: "عدم إثبات البائع قيامه بما التزم به من أجل إتمام البيع، يجعله مخلا بشرط لا يتأتى تعليقه على إرادته الخالصة، لأنه لا يسوغ التمسك بالشرط من لدن المدين به ولا أن يتذرع الشخص بنكوله عن التزامه، وخيار الفسخ متروك للدائن للمدين وفق الفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود⁽²⁾".

يتبين من القرار الموماً إليه أعلاه، أن محكمة الاستئناف ترجمت بالحرف مقتضيات الفصل 112 من ظهير الالتزامات والعقود، ومن خلالها حدثت من ظاهرة التعسف التي يخلفها الشرط الإرادي، إذ غالبا ما يورد البائع شرطا إراديا محضا، مفاده أن إتمام البيع يبقى معلقا على محض إرادته، ويضيف شرطا آخر أنه إذ لم يتمكن من ذلك فله وحده الحق في ممارسة خيار الفسخ.

والتعريف الذي عرف به الفصل 112 من ظهير الالتزامات والعقود الشرط الإرادي، نفسه الذي سبق وأن تبناه القانون المدني الفرنسي من خلال المادة 1304-2 التي نصت على أنه "يكون باطلا الالتزام المعلق على شرط مفروض من قبل إرادة واحدة للمدين⁽³⁾".

¹ - قرار صادر بتاريخ 1969/11/26 تحت عدد 18 ، منشور، محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، الكتاب الأول، الالتزامات بوجه عام، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثالثة، الدار البيضاء. 2013، ص124.

² - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة تحت عدد 38/5، الصادر في الملف عدد 08/51 بتاريخ 2009/11/17 غير منشور.

³ - L'article 1304/2 dispose que : " est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur ".

وبالرجوع إلى قوانين الاستهلاك، فيرى بعض الفقه أن الشرط الذي بمقتضاه يعطي المهني فترة طويلة لاتخاذ قراره بالتعاقد، أو الرفض مع إلزام المستهلك بالتعاقد فورا ودون إعطائه نفس الإمكانية يعتبر شرطا تعسفيا⁽¹⁾، وهو ما تنص عليه العديد من التشريعات المقارنة، وهكذا نجد البند الأول من المادة R132-2 من المرسوم التطبيقي لمقتضيات المادة L131-1 من مدونة الاستهلاك الفرنسية، المتعلق بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية الصادر في 18 مارس 2009، يعتبر شرطا تعسفيا التنصيص على التزام بات ونهائي للمستهلك في حين أن تنفيذ التزامات المهني، مرتبط بشرط يتوقف على إرادته الخاصة، وهو ما ينص عليه القانون البلجيكي المتعلق بالممارسات التجارية وإعلام وحماية المستهلك⁽²⁾، كما طالبت لجنة الشروط التعسفية الفرنسية في التوصية الصادرة 24 يونيو 1980، بإبطال الشرط الوارد في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، الذي يكون محله أو أثره التزام فوري ونهائي للمستهلك لحظة التوقيع على العقد والالتزام احتمالي للمهني.

وبالرجوع إلى قانون الاستهلاك المغربي، نجده قد نص على هذا البند في المادة 5/18 بقولها "التنصيص على الالتزام النهائي للمستهلك في حين أن تنفيذ التزام المورد خاضع لشرط يكون تحقيقه بإرادته وحده".

وكمثال على ذلك ما نص عليه الفصل 3 (الفقرة 3) من عرض مسبق لقرض استهلاكي لإحدى المؤسسات البنكية، الذي جاء فيه على أنه: "يحتفظ المقرض لنفسه بحق قبول أو رفض طلب القرض المقدم من لدن المقترض يصبح عقد القرض تاما بعد مرور سبعة أيام على قبولكم إذا أبلغكم المقرض بقراره منكم القرض أو إذا لم تمارسوا حقكم في التراجع خلال سبعة أيام"، وقبل هذا البند هناك بند آخر (3-1) ينص على أنه: "بمجرد قبول هذا العرض المسبق يصبح عقد القرض تاما إذا لم ينص المقرض في

¹ - Helène Bricks, les clauses abusives, Paris, LGDJ, 1982, p : 6.

² - Recommandation n° 80-03 concernant une clause abusive à la formation du contrat, Yves Picod, code la consommation op.cit, p 933.

العرض المسبق على أنه يحتفظ لنفسه بإمكانية قبول أو رفض طلب القرض المقدم من المقترض⁽¹⁾.

ونستنتج من هذين البندين المذكورين أعلاه، أن المؤسسة المقرضة كموردة لخدمة القرض هي التي تتحكم في مرحلة إبرام العقد بكل أطوارها، إذ هي التي لها الصلاحية في قبوله أو رفضه، بالرغم من المستهلك المقترض أبدى قبوله على الدخول في العملية التعاقدية، كما أنها هي التي تقرر ما إذا كان العقد قد أصبح تاماً من عدمه، إذ أن العقد يصبح تاماً بمجرد بلوغ قرار منح القرض للمقترض، ولم يمارس هذا الأخير حقه في التراجع داخل أجل سبعة أيام، وبالتالي يبقى وجه التعسف في هذا الشرط ظاهراً وجلياً، ولا يحتاج إلى تبرير قصد إظهاره، كما نجد الشرط الإرادي التعسفي أيضاً، في الفصل الثالث من الشروط العامة لعقد البيع بالقرض لشركة إكدوم والذي ينص على أنه: "يلزم قرض إكدوم تبرير عدم قبوله الملف".

إذن فهذه الشروط تكون ناتجة عن تقدير تحكيمي وهو ما يقترب من مفهوم التعسف، لأنه يؤدي إلى التمييز بين المستهلكين، وذلك عندما يرفض المهني التعاقد مع أحد المحتاجين للخدمة، ذلك لأنه لا تتوافر فيه الشروط التي يريدها المورد المهني في الطرف الآخر في العلاقة⁽²⁾.

ويعتبر هذا البند من البنود التي تؤثر على توازن العقد، بحيث نجد أن المورد المهني يمنح لنفسه إمكانية التعاقد متى أراد، ومثل هذا البند يطبق بكثرة في العقود الاستهلاكية التي تقدم للمستهلك للإمضاء أولاً، ثم يعطي المورد المهني لنفسه فرصة لدراسة العقد الذي أمضاه، مثل عقد القرض، وكذلك العقود التي يبرمها الآباء مع بعض المؤسسات التعليمية الخصوصية⁽³⁾، وكذا في الطلبات التي يعدها المهني ويقوم المستهلك بإمضائها أولاً للحصول على الخدمة التي يعرفها المورد⁽¹⁾.

¹ - انظر: في الملحق الخاص بنموذج العرض المسبق لقرض عقاري لمؤسسة البنك الشعبي والخاص بالتمويل الكلي أو الجزئي لاقتناء سكن أو بقعة أرضية أو لبناء سكن أو لاقتناء بقعة أرضية وبناء سكن.

² - غيثة ذكراوي، مرجع سابق، ص 26. انظر كذلك، أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، مرجع سابق، ص 289.

³ - فعلى سبيل المثال؛ يقوم أولياء طفل ممتدرس بملء استمارة للتسجيل لدى مؤسسة تعليمية، وهم مطمئنون بأنهم قد سجلوا ابنهم، و بعد مرور مدة قبل الدخول المدرسي يتم إعلامهم بأن طلبهم مرفوض، في هذه الوضعية نجد

وهكذا فإن القانون المغربي لحماية المستهلك وعلى غرار التشريعات الاستهلاكية بكل من فرنسا وبلجيكا، يكون قد سائر التوجهات الهادفة إلى تعزيز الحماية المقررة للمستهلك، وسيسمح هذا المقتضى الجديد بتعزيز الحماية المقررة للمستهلك بواسطة القواعد العامة، حيث يستهدف منع الشرط الإرادي باعتباره آلية تشريعية، تمنح للقضاء صلاحية التدخل في العقود وتنظيمها على نحو يرفع تعسف وجور الطرف القوي، لتحقيق التوازن العقدي، وحماية رضا الطرف الضعيف في العقد⁽²⁾.

ثانيا: تضمين العقد صلاحيات واسعة للمورد في فسخ العقد في مقابل منع

المستهلك من طلب الفسخ

من الممكن وفق القواعد العامة، أن يتم السماح للطرفين بفسخ العقد عند إخلال أي طرف بالتزاماته، إلا أنه يعتبر شرطا تعسفيا أن يتم التنصيص على إعطاء الحرية الكاملة للمورد، في فسخ العقد دون منح نفس الحق للمستهلك.

ولما أجاز المشرع المغربي في ظهير الالتزامات والعقود لطرفي العقد إمكانية الاتفاق على فسخ العقد طبقا للفصل 260 منه⁽³⁾، فإن ذلك يفيد بأن قواعد الفسخ ليست من النظام العام، ففسح المجال واسعا أمام المهني لينظم طريقة الفسخ بالشكل الذي يخدم مصالحه، ويؤمن مركزه الاقتصادي ويلبي رغباته المنتظرة من العقد، وذلك بأن يخول

المؤسسة التعليمية (المهني) لديها السلطة التقديرية دون ارتباطها بأية مدة لإعلان رفضها، مثل هذه الممارسات تبين تعسف المورد في حقوق المستهلك.

¹ - L'auteur dit : " le professionnel est libre dans les bons de commandes de s'engager dans que le consommateur se croit définitivement l'ie, l'intérêt pour les professionnels est d'empêcher que le consommateur puisse revenir sur son engagement tandis qu'il conserve la maîtrise unilatérale de la conclusion du contrat. En signant le bon de commande le consommateur promet de conclure le contrat alors que le professionnel est libre de se désengager sans être sanctionné".

-Voir ERHARDT (S), Clauses abusives : la clause de formation de commande à la lumière de la réglementation des clauses abusives, juriscleaseur, contrat, concurrence, Consommation. n 4. 2007, p 8.

² - أمانة ناعيمي، أحكام الشرط في القانون المدني المغربي على ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 88.

³ - ينص الفصل 260 من ق.ل.ع.م على أنه: "إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته، وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء".

لنفسه إمكانية واسعة لفسخ العقد عند عجزه عن تنفيذ التزامه، أو إذا رأى أن تنفيذه مكلفا بالنسبة له ويؤثر على وضعه الاقتصادي⁽¹⁾.

وحتى يواجه المهني النتائج التي يمكن أن تترتب عن عدم وفائه بالتزاماته، أو يؤجل أثارها القانونية فإنه يستغل ما يسمح به مبدأ سلطان الإرادة، الذي يعتبر مصدر القوة الملزمة للعقد، وكذلك مقتضيات الفسخ التي أتت بصفة مكملية وليست آمرة، إذ يضع شروطا تسمح له بفسخ العقد بإرادته المنفردة، متى أراد ذلك مانعا المستهلك من نفس الإمكانية، وهذه الشروط صحيحة ولا تخالف المقتضيات القانونية طبقا للقواعد العامة⁽²⁾، لكنها قد تكون شروطا تعسفية لأنها تخالف مبدأ حسن النية المنصوص عليه في الفصل 231 من ظهير الالتزامات والعقود، وخاصة إذا كان الطرفان غير متساويين، ويخلق وضعية عدم توازن واضحة بين حقوق الأطراف المتعاقدة، مادامت لا تقابلها شروطا مماثلة تخول لمستهلك الخدمة نفس الصلاحية للتحلل من التزامه العقدي.

وإذا كان التنصيص في العقد على تمكين المهني من فسخ العقد، أمرا مسموحا به في ظل عقود المفاوضة، إلا أن هذا الشرط يعتبر تعسفيا في ظل عقود تم تحريرها مسبقا من طرف المهني نفسه.

لذلك صرحت لجنة الشروط التعسفية الفرنسية في توصيتها رقم 01-02 الصادرة في 22 فبراير 2001، بأن الشرط الذي يخول المهني فسخ العقد المحدد المدة بإرادته المنفردة، دون سبب مشروع يعد شرطا تعسفيا⁽³⁾، وهكذا فقد اعتبر المشرع المغربي بمقتضى القانون 31-08⁽⁴⁾ شرطا تعسفيا، ذلك الشرط الذي يخول المورد الحق في أن يقرر فسخ العقد، إذا لم تمنح نفس الإمكانية للمستهلك، وهذا البند اقتبسه المشرع المغربي

¹ - غيتة ذكراوي، مرجع سابق، ص 44.

² - استنادا إلى مقتضيات الفصل 230 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على أن: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشيئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

³ - Recommandation n°01-02 sur les clauses relatives à la durée des contrats conclus entre professionnel et consommateurs, signalé par :Yves Picod, Code la consommation, op.cit, p.1037.

⁴ - المادة 18 في بندها السابع من قانون 31.08.

حرفيا من قائمة الشروط التعسفية الملحقة بمدونة الاستهلاك الفرنسية، إلا أنه بعد التعديل الذي عرفه هذا القانون ، أضحى شرطا محظورا بمقتضى البند الثامن من المادة R132/1 من المرسوم التطبيقي الصادر في 18 مارس 2009.

وبالرجوع إلى تطبيقات القضاء الفرنسي، فإننا نجد قرار للمحكمة التجارية لفريجيس FREJUS بتاريخ 1 مارس 1993، قد أقر بأن الشرط الذي يسمح بالفسخ الانفرادي لعقد بطاقة الائتمان من طرف البنك يعتبر شرطا تعسفيا⁽¹⁾.

ومن قبيل هذه الشروط ما ورد في عقد لإحدى وكالات الأسفار، والذي جاء فيه يحتفظ المنظم (المورد) أو في حالة عدم كفاية عدد المشاركين بإمكانية تعديل برامجه أو بإلغائها.

كما يعتبر شرطا تعسفيا ذلك الشرط الوارد في اتفاقية حساب لأحد البنوك، والذي جاء فيه "يمكن للبنك مع ذلك أن يقوم بإقفال الحساب دون إشعار مسبق ودون إعدار مسبق في جميع الحالات التي يسمح له القانون والنظم الجاري بها العمل بذلك لاسيما في حالة وقوع حادث على الحساب لم تتم تسويته في أجل 15 يوما اعتبارا من تاريخ تبليغه مثل حجز ما للمدين أو الإشعار لدى الغير الحائز أو التعرض أو أي إجراء قضائي أو إداري، يؤدي إلى إيقاف الحساب لمدة تتجاوز الأجل المبني أعلاه، في حالة غياب الحركة على الحساب لمدة تتجاوز ستة أشهر"، فمن خلال هذا الشرط يتبين أن البنك في هذه الحالة قد تجاوز المد المألوف للتعسف، إذ بمجرد توقيع حجز على الحساب، أو أي إجراء قضائي ومساهمته في إيقاف الحساب لمدة 15 يوما من تبليغ فاتح الحساب، بهذا الإجراء يؤدي إلى إنهاء الحساب من قبل البنك بطريقة أحادية الجانب.

¹ - « Il résulte du quasi-monopole du GIE cartes bancaires et des dispositions de la clause de résiliation à caractère unilatéral, un bancaires, ainsi qu'un abus de puissance économique ».

Voir : Michel. (F), note sur l'arrêt de tribunal du commerce du Fréjus le 1 Mars 1993. JCP., Ed. G.N° II, 1994. P 24.

فقد يتعذر على صاحب الحساب تسوية وضعيته مع الحاجز، بسبب أن الوثائق التي من شأنها أن تساهم في رفع الحجز على حسابه تعذر إنجازها داخل أجل 15 يوما، أو أن هناك دعوى جارية بين الطرفين تطلبت وقتا طويلا للبت فيها، فلماذا هنا يتم تحميل المستهلك فاتح الحساب وزر استحالة مؤقتة لم تكن له يد فيها؟ بل وما يزيد من إحجاف الشرط المذكور، أن ذات الاتفاقية تنص في بند آخر على أنه: "لا يوقف إقفال الحساب سريان الفوائد التي تستمر في الاحتساب، وفق السعر المطبق على المكشوف غير المنتظم أو في حالة اتفاقية خاصة، وفق آخر سعر متفق عليه مطبق، وذلك حتى تسديد الرصيد المدين النهائي بكامله، وعلاوة على ذلك تتم رسملة الفوائد كل ثلاثة أشهر ويمكن أن تصبح واجبة الدفع في أي وقت".

وهكذا فإن الشرط الذي يخول المهني إمكانية فسخ العقد بإرادته المنفردة، يعتبر شرطا تعسفيا لأنه يؤدي إلى وضعية انعدام التوازن بين التزامات الأطراف المتعاقدة ويضر بقواعد العدالة التعاقدية⁽¹⁾، خاصة إذا لم يقابله بند آخر يسمح للمستهلك بفسخ العقد إما بسبب عدم تنفيذ المهني لالتزاماته أو لكون المستهلك، يرى أن مدة العقد طويلة والأعباء المالية لا يستطيع تسديدها، فمثلا في العقود المستمرة كعقود الصيانة والاشتراك في الخدمات لمدة طويلة، فإن مقدمو الخدمات يذهبون إلى إيراد شروط تتمثل في تجديد العقود تلقائيا، عند عدم إعلان أحد الطرفين لرغبته في فسخ العقد في مهلة محددة قبل نهاية مدته الأصلية، ويتم فرض شروط جزائية على المستهلك الذي يريد أن يتحلل من العقد، وهو ما حدث في قضية جمعت مستهلك مع شركة مختصة في المراقبة عن بعد⁽²⁾ (Direction et télésurveillance)، حيث قامت الشركة ببيع أجهزة للكشف والمراقبة عن بعد في يوليو 1995 مقدرة بـ 29215,925 فرنك مخصصة لضمان أمن مسكن المستهلك، وينص البند الثاني من العقد، على أنه في حالة ما إذا أبرم المشتري المستهلك عقد اشتراك لضمان صيانة أجهزة المراقبة مقابل مبلغ 230 فرنك

¹ - يمكن الرجوع إلى هذه البنود المتعلقة بالفسخ الواردة في الفصل 9 من العقد النموذجي لعقد القرض الاستهلاكي المنجز من طرف البنك الشعبي (انظر الملحق).

² - يمكن الرجوع إلى هذه البنود المتعلقة بالفسخ الواردة في الفصل 9 من العقد النموذجي لعقد القرض الاستهلاكي المنجز من طرف البنك الشعبي (انظر الملحق).

يدفعه شهريا، فإن شراء الأجهزة سيكون 11686,40 فرنك (تم تخفيض ثمن الشراء)، بالإضافة إلى مبلغ 900 فرنك لأجل تركيب الأجهزة.

أما البند 11 من العقد فقد نص بأن عقد الاشتراك يبرم لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد، وللزبون عند انقضاء مدة العقد الحرية في عدم تجديد عقد الاشتراك.

لكن في حالة عدم تجديد العقد، يشترط على المشترك أن يدفع الخصم الفارق الموجود بين المبلغ الأصلي للشراء والمبلغ الذي خفض، بحيث ستقوم الشركة بحساب الفرق الموجود بين الثمن الفعلي لتركيب الأجهزة والثمن الذي تم دفعه أثناء إبرام العقد من قبل المستهلك، أخذا بعين الاعتبار تخفيض قدره 40 فرنك لكل شهر تم الاشتراك فيه، وهي منحة الوفاء للشركة بالإضافة إلى عمولة بنسبة 10% للمبلغ الذي تم دفعه دون حساب الضرائب.

بعد مرور ثلاث سنوات قرر الزبون المشترك (المستهلك) أن يفسخ عقد الاشتراك بإرادته المنفردة، وبلغ من طرف الشركة بان عليه دفع مبلغ 52.644.1 فرنك، وذلك بناء على البند 11 من عقد الاشتراك (الفارق بين المبلغ الحقيقي والمبلغ المخفض)، ومن جهة أخرى، هناك شرط جزائي يقضي بتعويض الشركة (المورد) في حالة فسخ العقد قبل انتهاء مدة السنة للاشتراك (العقد المحدد).

فقام المشترك المستهلك بمنازعة الشركة بإثارة الشرط التعسفي، فيما يخص ربط شرط الفسخ بالتعويض والمطالبة بعدم تطبيق الشرط الجزائي، وقد قضى قضاة الدرجة الأولى بأن الشرط غير تعسفي، أما محكمة النقض فقد ألغت الحكم الابتدائي، واعتبرت بأن الشركة قد قيدت حق المستهلك في فسخ عقد الاشتراك بطريقة تحقق للمحترف مزايا لا يتمتع بها المستهلك المشترك⁽¹⁾.

¹ - Pour la cour de cassation, en effet si l'engagement pris de souscrire auprès de la société un contrat d'abonnement trouvait sa contre partie dans la remise sur les prix du matériel vendu la cour de cassation trouve que les conditions aux quelles est subordonné l'exercice par l'abonné de la faculté de résilier a tout moment le contrat d'abonnement créent au détriment de ce dernier un déséquilibre significatif entre les droits et

وفي الأخير نأمل أن يكون للقضاء المغربي، الجراءة في مراعاة هذه المستجدات القانونية التي تضمنتها المادة 18 من القانون 31.08، ويعمل على مواجهة الممارسات التعسفية للموردين، خدمة للأمن التعاقدى لهذه الفئة الجديرة بالحماية كطرف ضعيف، وخاصة مستهلكي الخدمات الذين يعانون من عدة بنود تضيق أو تمنع ممارسة حقهم في فسخ عقد استهلاكي للخدمة.

كما هو الحال بالنسبة للبند الذي يفرض مدة أدنى للعقد، تتمثل في 12 شهرا دون إمكانية الفسخ من طرف المستهلك في حالة وجود عذر مشروع أو معقول⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: بنود تركز سيطرة المورد في حسم مسألة تنفيذ العقد

لقد كرست المبادئ التقليدية حرية أطراف العقد في الاتفاق على شروط التعاقد، ونظرا لاتساع الهوة بين مراكز طرفي العقد وتمتع المهني مقدم الخدمة بتفوق اقتصادي وقانوني وتقني، بالمقارنة مع المستهلك الطرف في عقد الخدمة الاستهلاكي، فقد أضحى العقد وسيلة لفرض إرادة الطرف القوي، الذي يمكنه فرض شروط غير متوازنة على المستهلك، وتوجيه العقد خلال مرحلة تنفيذه بالشكل الذي يخدم مصالحه، سواء من خلال فرض بنود تمنحه اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية للشروط التعاقدية (أولا)، أو التفرد بتغيير أجال تنفيذ الخدمة (ثانيا).

أولا: التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية للشروط التعاقدية

قد يعتمد المورد المهني في عدم إظهار خصوصية الخدمة محل التعاقد، أو الغرض الذي يريد المستهلك أن يستخدمه من أجله في وثيقة العقد ذاته، ويتحرر المورد المهني لذلك بوضع شرط يتحفظ فيه، بعدم لزوم توافق الخدمة مع الغرض الذي يتوقع العميل المستهلك استخدام محل التعاقد في أجله، ويعتبر هذا الشرط من أشد الشروط التعسفية في الوقت الحالي، والذي تظهر فيه كل يوم سلعة أو خدمة جديدة وتتطور فيه

obligations des parties ces deux contrats. Voir : DAVO (H), Clauses abusives, jurisclesseur- concurrence- consommations, fascicule 320, 1991, p 9.

¹ - حسنة الرحموني، الشروط التعسفية في عقد القرض الاستهلاكي، مرجع سابق، ص 152.

خصائص الخدمات التي كنا نعرفها من قبل⁽¹⁾، ففي وقتنا تتزايد صعوبة استخدام الأجهزة الكهربائية والإلكترونية والتطبيقات (APPLICATIONS) ويزداد تعقيدها، واليوم لا يمكن للمستهلك العميل إلا أن يثق في مقدم الخدمة، سواء من حيث الكفاءة أو من حيث الأمانة، ليقوم بتعريفه في أي غرض يمكن استخدام الخدمة، كما هو الحال في عقد خدمة الولوج لشبكة الاتصال أو المدى الزمني لصلاحياتها في الاستخدام من الناحيتين المادية والتكنولوجية، لذلك نجد أن الشروط التي تسمح بإعفاء مقدم الخدمة من توافقها مع الغرض الذي يتوجه إليه المستهلك (العميل)، في الاستخدام تؤدي إلى حصول هذا الأخير على خدمات لا يرغب فيها المستهلك، وبالتالي إلى تقديم مقابل تعاقدية غير متوازن مع ما يحصل عليه من العقد⁽²⁾.

وحتى في حالة منازعة المستهلك في عدم مطابقة العملية للشروط التعاقدية، بأن المورد هو الذي يدلي بخبرة ويكون المورد خصما وحكما في آن واحد، ومن أبرز الممارسات التي تظهر فيها الشركات المقدمة للخدمات المنجزة للخبرة التي تجريها في مختبراتها على عداد ما، كما هو الحال بالنسبة لشركات توزيع الماء والكهرباء وحيث لا يحق للزبون الطعن فيها، كما أنه ليس له الإمكانات المالية للإدلاء بخبرة مضادة، في حين أن كافة القوانين المنظمة لإجراء خبرة ما، تنص على أنه تتكلف بها جهات مستقلة يختارها القضاء، ويمكن للطرفين الطعن فيها⁽³⁾.

ولقد اعتبرت المادة 18 في بندها الثالث عشر الشرط الذي يخول المورد وحده الحق في تحديد ما إذا كان المنتج، أو السلعة المسلمة أو الخدمة المقدمة مطابقة لما هو منصوص عليه في العقد، أن يكون ذا طابع تعسفي خاصة إذا كان الغرض منه أو ترتب عليه اختلال كبير لفائدة المورد على حساب المستهلك⁽⁴⁾.

¹ - زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو ، السنة الجامعية 2015-2016: ص 119.

² - حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 25.

³ - حوار أجرته جريدة الصباح مع السيد وديع مديح رئيس جمعية حماية المستهلك بالدار البيضاء، مقال منشور بجريدة الصباح يومي السبت والأحد، 2015 /10/31 و 2015/11/1 العدد 4832، تحت عنوان: بعض مظاهر تعسف المورد على المستهلك.

⁴ - المادة 18 من القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك.

ثانيا: الشرط التعسفي المتعلق بمهلة الإشعار بتجديد العقد أو بفسخه

يعتبر الفسخ جزاء مدني يرمي إلى وضع حد للعلاقة التعاقدية بمبادرة من أحد طرفيها، أو نتيجة لشرط في العقد عند عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

ولاشك أنه إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزامه، وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء، فإن ذلك يفيد أنه بمجرد تحقق الشرط الفاسخ يفسخ العقد⁽¹⁾، وهناك يكون حكم القاضي حكما كاشفا وليس منشئا، لكن شريطة أن يكون التمسك بهذا الشرط بحسن نية، لأن المشرع المغربي ربط الفسخ بمبدأ أحسن النية في تنفيذ الالتزامات الواردة في الفصل 231 من ظهير الالتزامات والعقود⁽²⁾.

إلا أن استفادة المستهلك من ضمانات الفصل 259 من ظهير الالتزامات والعقود، تفرض عليه التريث حتى انصرام أجل التسليم، لكي يتحقق مطل البائع بعد توصله بإنذار منه، وإذا كان ذلك سهل التحقق في الحالة التي يكون فيها موعد التسليم محددا بدقة، فإنه عندما يكون هذا الموعد محددا على سبيل البيان فقط، فإن عدم الالتزام بذلك لا يجعل المدين في حالة مطل، وبالتالي لا يمكن للدائن المطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه⁽³⁾.

وما يزيد الأمر تعقيدا، هو أن عدم التحديد الدقيق لآجال التسليم غالبا ما يكون مرفوقا بشرط الإعفاء من المسؤولية، بل قد يمتد إحجاف المهني إلى حد حرمان المستهلك من التحلل من العقد، بإرغامه على تسلم الخدمة رغم التأخر غير المبرر في

¹ - وهو ما أكدته محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) في العديد من قراراتها، منها قرارها عدد 285 الصادر في الملف التجاري عدد 04/1040 بتاريخ 2007/3/7 غير منشور، الذي جاء فيه، "إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزامه وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء وهو ما يفيد أنه بمجرد تحقق الشرط الفاسخ بعدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه المنصوص عليه في العقد، فإنه دونما حاجة إلى إشعار يقتضي دور المحكمة على التأكد في هذه الحالة من عدم الوفاء بالالتزام للقول بتحقيق الشرط الفاسخ من عدمه".

² - قرار عدد 2277 صادر عن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) في الملف المدني 05/12/5 بتاريخ 2006/10/11 (غير منشور).

³ - جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 4058 الصادر في الملف عدد 7/3959 بتاريخ 2009/11/11 ما يلي: "في الالتزامات التبادلية، لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناجمة عن الالتزام، إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي ما كان ملتزما به من جانبه حسب الاتفاق أو القانون".

تقديمها، الشيء الذي يضر بمركز مستهلك الخدمة وقد يعرض مصالحه للضياع، ويكرس وضعاً مهيماً للطرف المهني على حساب المستهلك⁽¹⁾.

فغالباً ما نصادف ضمن بنود عقود البيع الاستهلاكية، أو عقود الخدمات شروط تلزم المستهلك إذا ما أراد استعمال حقه في فسخ العقد، أن يعرب للطرف الآخر عن رغبته هذه داخل أجل محدد، غالباً ما يكون قصيراً بالمقارنة مع مدة العقد، وإلا فإن هذا الأخير يجدد ضمناً لنفس المدة الأصلية، وتشيع مثل هذه الشروط بشكل واضح في العقود الزمنية، والتي يتطلب تنفيذها زمناً طويلاً، كعقود الصيانة والاشتراك في الخدمات (الماء والكهرباء).

وكنموذج عن هذه الشروط، نجد ضمن بنود عقد إحدى الشركات الخاصة في تزويد ومد المنازل بالغاز في فرنسا ما يلي: "هذا العقد أبرم لمدة عشر سنوات تبتدئ من تاريخ أول تزويد، وهو يلزم الأطراف من تاريخ التوقيع عند انتهاء هذه المدة، وفي حالة ما إذا لم يتم فسخ العقد من طرف أحد المتعاقدين يجدد العقد ضمناً وبالتتابع لمدة عشر سنوات كل مرة، وفي حالة فسخ العقد، فإن الطرف المتعاقد المستهلك الذي اتخذ هذا القرار عليه إخبار الطرف الآخر بواسطة رسالة مضمونة، ستة أشهر قبل انتهاء مدة العقد السارية"⁽²⁾.

كما نقرأ في عقد إحدى شركات كراء السيارات، على أنه: "أبرم هذا العقد لمدة سنتين تحتسب من يوم حيازة السيارة من طرف المكري، ويجدد العقد ضمناً لنفس المدة، إلا في حالة ما إذا أشعر أحد الأطراف الآخر بواسطة رسالة مضمونة ثلاثة أشهر قبل انتهاء مدة العقد السارية المفعول"⁽³⁾.

فهذه الشروط حتى وإن كانت صحيحة وجائزة من الناحية القانونية، إعمالاً لمبدأ أنه يجوز للأطراف المتعاقدة تحديد مضمون العقد بحرية⁽⁴⁾، والاتفاق على ما شاءوا من

¹ - نور الدين رحالي، التطبيقات العملية الحديثة في قضايا الاستهلاك، مكتبة الرشاد، الطبعة الأولى، 2014، ص 168.

² - BRICKS (H), op.cit. p 55.

³ - BRICK (H), op.cit. p 56.

⁴ - محمد شليح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مرجع سابق، ص 199.

الشروط على أن لا تخالف القانون أو النظام العام، فإنه مراعاة لخصوصية العلاقة التعاقدية التي تربط المهني بمستهلك الخدمة عديم الخبرة والتجربة في مجال التعاقد، فإنها تعتبر شروطا تعسفيا في حق هذا الأخير لسببين:

- **الأول:** أنها تؤثر سلبا على رغبته في عدم تجديد العقد وترغمه على الاستمرار فيه، إذا لم يتمكن لسبب أو لآخر من إخبار المورد برغبته في إنهاء العقد، داخل المدة المحددة والتي غالبا ما تكون غير معقولة⁽¹⁾.

- **الثاني:** أن المستهلك الذي لا يتمكن من إعلان رغبته في المهلة المحددة، يكون مضطرا للاستمرار في التعاقد لذات المدة الأصلية، وهي بطبيعتها من العقود الطويلة المدة.

وبالإضافة إلى طابعها التعسفي فهي شروط تشكل خطورة بالنسبة للمستهلك، تكمن في أن الإعلان عبر عن رغبته في عدم الاستمرار في العقد، يجب أن يتم داخل الأجل المحدد قبل نهاية مدة العقد الأصلي، وبما أن غالبية المستهلكين ذات وعي ضعيف على الأقل على المستوى القانوني، حتى تكون على بينة من خطورة هذه المدة، فإن المستهلك قد لا يبادر إلى إخطار المهني برغبته في عدم تجديد العقد، داخل الأجل المحدد، وبالتالي يصبح ملتزما بالعقد لنفس المدة الأصلية، ليس بإرادته وإنما تنفيذا لشرط في العقد، وهو ما جعل لجنة الشروط التعسفية بفرنسا تلجأ إلى إصدار عدة توصيات، تؤكد فيها الطابع التعسفي لمثل هذه الشروط، وتطالب بإلغائها وحذفها من العقود الاستهلاكية⁽²⁾.

¹ - نزهة الخلدي، مرجع سابق، ص 278.

² - Dans sa recommandation n° 85-04/C.C.A la commission recommande que : "soient éliminées des contrats d'assurance multirisque-habitation » diverses clauses ayant pour objet ou pour effet de priver l'assuré de la faculté de mettre fin chaque année au contrat sauf s'il a expressément demandé et qu'il ait été accepté, que la durée initiale de celui-ci soit portée à trois ans, ce qui aurait alors pour effet de porter l'exercice de la faculté de résiliation annuelle à l'expiration de cette période de triennale ou de dissimuler à l'assuré cette faculté de mettre fin chaque année aux relations contractuelles par une définition de la durée du contrat résultant d'une formule trompeuse telle que "durée compagnie", durée société statutaire " Ghestin (J). Le contrat op.cit, p 728.

وفي ظل عدم وجود حماية كافية للمستهلك، ضد هذا النوع من الشروط في ظل مقتضيات قانون الالتزامات والعقود، ورغبة من المشرع المغربي في تحقيق الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات، فقد عمل على إدخال مستجد تشريعي بموجب القانون 31.08 ينظم بمقتضاه حق مستهلك الخدمة في فسخ العقد، في حالة عدم تسلم الخدمة محل التعاقد داخل الأجل القانوني المحدد في الوثائق المسلمة للمستهلك⁽¹⁾.

حيث نصت المادة 13 من القانون 31.08 على أنه: "إذا تم تجاوز الأجل المنصوص عليه في المادة 12⁽²⁾ بسبعة أيام ولم يعز التأخير إلى قوة القاهرة، جاز للمستهلك، دون اللجوء إلى القضاء، أن يفسخ الالتزام الذي يربطه بالمورد فيما يتعلق بالسلعة غير المسلمة أو الخدمة غير المقدمة بأية وسيلة تثبت التوصل، وذلك بالرغم من جميع الأحكام التعاقدية المخالفة ودون المساس بأحكام الفصلين 259 و 260 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود.

ويمارس المستهلك الحق المذكور داخل أجل أقصاه خمسة أيام بعد انصرام أجل السبعة أيام المنصوص عليه في الفقرة الأولى أعلاه.

ويعتبر الالتزام المذكور مفسوخا بمجرد توصل المورد بالإشعار الموجه إليه، على ألا يكون تسليم السلعة أو تقديم الخدمة قد تم في المدة الفاصلة بين توجيه المستهلك للإشعار المذكور وتسلمه من لدن المورد".

وهكذا نجد المشرع المغربي قد قوى من مركز مستهلك الخدمة في مواجهة المورد، بخصوص ممارسة الأول (المستهلك) لحق الفسخ في حالة عدم تنفيذ العقد من طرف المورد المهني، أو تأخره وتماطله في تقديم الخدمة، ونشير أيضا إلى أن المشرع كان حازما في هذه النقطة وخاصة لما نص على ما يلي: "بالرغم من جميع الأحكام

¹ - هذه الوثائق حددتها المادة 12 من قانون 31.08 وتتمثل في كل وثيقة تمكن المستهلك من حقه في الإعلام أوجب المشرع تسليمها للمستهلك من طرف المورد. وهي إما العقد، أو الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو المخالصة، أو أي وثيقة أخرى تسلم للمستهلك.

² - الأجل الذي يتعهد فيه المورد بتسليم الخدمة للمستهلك والتمن في الوثائق المشار إليها أعلاه، وخاصة لما يتعلق الأمر بتقديم خدمات بشكل غير فوري.

التعاقدية المخالفة، بمعنى أن المقتضى الوارد بالمادة 13 من القانون 31-08 من النظام العام، ولا يمكن الاتفاق على مخالفته، ولا يجوز للمورد التحجج أو الدفع بوجود بند في عقد الخدمة الاستهلاكي، يسمح للمورد بفرض آجال أخرى لتنفيذ العقد أو بعدم الفسخ.

وهذا المستجد التشريعي يضاف إلى المقتضى التشريعي الآخر، الذي يحدد كيفية تذكير المستهلك بتجديد العقد في عقود الاشتراك، والذي نظمته المادة 7 من قانون 31.08⁽¹⁾.

المطلب الثاني: البنود التعسفية المبرهنة لمستهلكي الخدمة والمخففة

الالتزامات المورد

لا يكفي المهنيون بإدراج بنود تعسفية تمكنهم من السيطرة والهيمنة على مآل العقد ومصيره، من خلال فرض بنود تعسفية بإرادة منفردة ودون موافقة المستهلك، كما هو الحال بالنسبة للبنود التي تعطي صلاحيات واسعة للمورد في إنهاء العقد بالفسخ، أو تجديده دون الحصول على موافقة المستهلك، أو تقييد إرادته أو تضمين المورد لبنود تتركس سيطرته على مسألة تنفيذ العقد، من خلال التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية للشروط التعاقدية، وإنما يلجؤون إلى بنود تعسفية تتركس اللاتوازن العقدي، وهي بنود أكثر خطورة على المصالح الاقتصادية للمستهلك، وهي التي ترهق مستهلكي الخدمات سواء في الجانب المالي، أو من جانب عدم استفادته من حقوقه القضائية (الفقرة الأولى)، في مقابل بنود تعسفية يضعها مورد الخدمات تخفف من التزاماتهم العقدية (الفقرة الثانية).

¹ - لقد سبق أن أشرنا إلى مضمون هذه المادة في المطلب المتعلق بدور الالتزام بالإعلام التعاقدية في تكريس الأمن التعاقدية.

الفقرة الأولى: البنود التعسفية المرهقة للالتزامات مستهلكي الخدمة

غالبا ما يلجأ الموردون مقدمو الخدمات إلى تضمين عقودهم بنود تعسفية، ترهق المستهلك اقتصاديا وماليا، كما هو الحال بالنسبة للبنود التي تمنح للمورد صلاحية تحديد ثمن الخدمة، وإضافة مصاريف غير متعاقد عليها أو تحميل المستهلك مخاطر العقد (أولا)، إضافة إلى بنود تربط مستهلك الخدمة باتفاقات خارجة عن مضمون العقد الأصلي، (بنود الإحالة) وتضمن بنود تضيق من حق المستهلك في اللجوء إلى القضاء (ثانيا).

أولا: انفراد المهني بتحديد ثمن الخدمة مع إضافة مصاريف غير متعاقد عليها

وتحميل المستهلك مخاطر العقد

إن ما ينبغي الإشارة إليه منذ البداية، هو أن التسعير يشكل استثناء من القاعدة العامة التي تعتمد الأنظمة الليبرالية، حيث القاعدة هي مبدأ حرية الأسعار والمنافسة كما هو الحال بالنسبة للمشرع المغربي بمقتضى القانون رقم 104/12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة⁽¹⁾، وهو الأمر الذي يتضح من خلال مقتضيات المادة الثانية من هذا القانون والتي جاء فيها: "باستثناء الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك، تحدد أسعار السلع والمنتجات والخدمات عن طريق المنافسة الحرة مع مراعاة أحكام الفقرة 2 بعده والمادتين 3 و4 أدناه".

وبالفعل فإنه الرجوع لهذه المقتضيات، يتبين على أنها تطرقت للحالات الاستثنائية التي يتدخل فيها المشرع المغربي من أجل تحديد سعر السلع والخدمات، فالفقرة الثانية من المادة الثانية من هذا القانون نصت على أنه: "لا تطبق أحكام الفقرة الأولى أعلاه على السلع والخدمات والمنتجات التي تحدد قائمتها بنص تنظيمي بعد استشارة مجلس المنافسة، في حين تناولت المادة الثالثة من القانون رقم 104.12 استثناءات من

¹ - ظهير شريف رقم 1.14.116 صادر في 2 رمضان 1435 الموافق 30 يونيو 2014، بتنفيذ القانون رقم 104.12، المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 26.6276، رمضان 1435 الموافق 24 يوليوز 2014، ص 6077.

نوع آخر كما يتضح من مراجعة أحكامها أنه: "يمكن فيما يتعلق بالقطاعات أو المناطق الجغرافية التي تكون فيها المنافسة بالأسعار محدودة، إما بسبب حالات احتكار قانوني وإما بفعل دعم الإدارة لبعض القطاعات أو المواد عند الإنتاج أو التسويق أو بفعل صعوبات دائمة في التموين وإما نتيجة أحكام تشريعية أو تنظيمية، أن تنظم الأسعار من لدن الإدارة بعد استشارة مجلس المنافسة وتحدد كفاءات تنظيم هذه الأسعار بنص تنظيمي".

أما المادة الرابعة فقد نصت على ما يلي: "لا تحول أحكام المادتين 2 و3 أعلاه دون إمكانية قيام الإدارة بعد استشارة مجلس المنافسة باتخاذ تدابير مؤقتة ضد ارتفاع أو انخفاض فاحش في الأسعار تطله وجود ظروف استثنائية أو كارثة عامة أو وضعية غير عادية بشكل واضح في السوق بقطاع معين ولا يجوز أن تزيد مدة تطبيق التدابير المذكورة على ستة أشهر قابلة للتديد مرة واحدة".

انطلاقاً من المواد السالف ذكرها، يمكن أن نقول أن القاعدة العامة المعمول بها في التسعير هي حرية الأسعار بناء على قواعد المنافسة، والمشرع المغربي إذا كان قد تبنى سياسة تحرير الأسعار، فإن ذلك لا يعني أنها قاعدة مطلقة، وهذا ما نستشفه بخصوص المواد والخدمات الضرورية، كما هو الشأن بالنسبة لاستهلاك الماء حيث يحدد بقرار للسلطات العمومية، سواء على مستوى الإنتاج أو التوزيع بالنسبة لتعريف بيع الماء، فقد تدخل المشرع المغربي بتنظيمها وتحديدتها تشريعياً، بموجب قرار الوزير المنتدب لدى رئيس الحكومة المكلف بالشؤون العامة والحكامة الصادر بتاريخ 21 يوليوز 2014⁽¹⁾. وبالرجوع إلى هذا القرار نستشف منه على الأقل ظاهرياً، أن المشرع راعى مصلحة المستهلك العادي من خلال تخفيضه لتسعيرة الاستعمال، في مقابل التسعيرة الصناعية أو تعريف الفنادق، حيث أنه جعل التسعيرة الأولى تخضع لنظام الأنشطة، وجعل تسعيرة الشطر الأول منخفضة، مقارنة مع التعريف الصناعية تعريف الفنادق.

¹ - قرار الوزير المنتدب لدى رئيس الحكومة المكلف بالشؤون العامة والحكامة رقم 282.14 م، صادر في 23 رمضان 1435 الموافق 21 يوليوز 2014 بتحديد تعاريف بيع الماء الصالح للشرب و التطهير، الجريدة الرسمية عدد 6275، مكرر 24 رمضان 1435 الموافق لـ 22 يوليوز 2014، ص 6060.

ونسجل بهذا الخصوص أن المشرع المغربي اعتمد أسلوب تقنين الأسعار حماية لمستهلكي هذه الخدمة، والتي تعتبر حيوية نظرا لاستعمالاتها اليومية وفي جميع مناحي الحياة، ورغم هذا التدخل فإن موردي هذه الخدمة يقومون بتضمين عدة بنود تعسفية، تثقل كاهل المستهلكين وتضر بالمصالح الاقتصادية لهم، حيث يقومون بتضمين مجموعة من الاشتراطات في دفتر التحملات، تفرض بمقتضاها على المستهلك حدا أدنى من الاستهلاك، بغض النظر عن استهلاكه لهذا القدر، أو حتى في حالة عدم استعماله نهائيا⁽¹⁾.

إضافة إلى ما يعبر عنه بالإتاوة القارة التي غالبا ما تشكل مبلغا مهما من مجموع الفاتورة، إن لم يكن هو الثمن الإجمالي للفاتورة في حالة عدم وجود أي استهلاك⁽²⁾.

كما تلجأ بعض وكالات توزيع الماء والكهرباء، أو الشركات الخاصة بموجب عقد التدبير المفوض، والتي تقوم بمهمة توزيع الماء والكهرباء إلى إلزام المسؤولين بضمانة نقدية، لا تنتج فوائد ويتم استرجاعها من المشترك عند نهاية العقد⁽³⁾.

وبالرجوع إلى الواقع الفرنسي فإنه يشترط إيداع ضمان في حالة وجود عارض من عوارض الأداء، ولا يلتزم المشترك بهذا الضمان إلا إذا كان منصوصا عليه في عقد الاشتراك، كما يشترط على المشترك أداء ديون مشتركة سابق للحصول على حق الربط بشبكة الماء والكهرباء، ويرى بعض الفقه الفرنسي أن هذا البند ليس فيه ما يخالف القانون⁽⁴⁾.

¹ - كما هو الحال بالنسبة للمادة 14 من دفتر التحملات للوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء بفاس، حيث حددت حدا أدنى للاستهلاك يختلف بحسب قطر العداد:

- بالنسبة لعداد 12 م.م إلى 15 م.م: 50 م/3 في السنة.

- بالنسبة لعداد 20 م.م: 100 م/3 في السنة.

- بالنسبة لعداد 30 م.م: 300 م/3 في السنة.

² - كمثال على ذلك، فقد حددها المكتب الوطني للكهرباء والماء الصالح للشرب في مبلغ 18 درهم، إضافة إلى 1,26 درهم كضريبة على القيمة المضافة عن كل ثلاثة أشهر بالنسبة لمدينة خريبكة، وحددت الوكالة المستقلة الجماعية لتوزيع الماء والكهرباء بتادلة في 17.60 درهم، إضافة إلى 1,23 درهم كضريبة على القيمة المضافة.

³ - ورد التخصيص على هذه الضمانة في المادة 19 من دفتر التحملات الخاص بالماء والمادة 22 من دفتر التحملات الخاص بالكهرباء. وقد نصت هذه المادة على إعفاء الإدارات العمومية من تقديم هذه الضمانة.

إن هذا البند العقدي يعتبر بندا تعسفيا يلحق ضررا بالغا بالمشارك، وقد أثبتت التجربة في المغرب أن الوكالات المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء، تلزم أحيانا المشترك بأداء ديون مشترك سابق.

في اعتقادنا أن مثل هذه الممارسات منافية لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وتنبي عن عجز الدائن عن استيفاء ديونه فيحمل الغير نتائج هذا العجز والإهمال⁽¹⁾، كما أنها لا تخدم الأمن التعاقدى لمستهلكي هذه الخدمة الأساسية.

وتزداد حدة البنود التعسفية المتعلقة بتحديد ثمن الخدمة في الخدمات المحددة بناء على قواعد السوق، أي الخاضعة للعبة المنافسة، حيث ينفرد الموردون المهنيون بتحديد أثمان الخدمات التي يقدمونها للمستهلكين بموجب العقود النموذجية، مع إضافة مصاريف غير متعاقد عليها إما بشكل واضح في العقد، وكذلك تحميل المستهلكين مخاطر العقد.

وكمثال على ذلك الشرط الذي يحتفظ فيه البنك بحقه بتحديد عدد مبالغ العمليات، أو وضع أو تغيير رسوم البطاقات وزيادة الشروط الواردة في أي وقت كان، ودون إشعار مسبق للعميل (المستهلك)⁽²⁾، وكذلك الشرط الذي يجيز للمؤسسة البنكية تجاوز الحد المعقول لسعر الفائدة الاتفاقية، حيث يختلف سعر الفائدة موضوع العقد الاستهلاكي البنكي، باختلاف العروض البنكية، فكل مؤسسة تقدم عرضا للزبناء المستهلكين بسعر فائدة معين ويتكون من فوائد بنكية وفوائد تأخيرية، وفي هذا الإطار والمعمول هو أن بنك المغرب يصدر دوريات في شخص والي بنك المغرب تحدد الشق النهائي لسعر الفائدة، ويترك مجالا للأبنك للتنافس للعرض المناسب لسعر الفائدة للمستهلكين، لكن الملاحظ أن بعض أو جل المؤسسات البنكية في إطار عمليات الائتمان الاستهلاكي تتجاوز الشق المحدد من طرف بنك المغرب، مستغلة من جهة سكوت المشرع الذي لا يعتبر هذا التجاوز عيبا من عيوب الرضا، وأن الزبون من الصعب عليه أن يستوعب

¹ - أحمد كويسي، عقد الاشتراك في الماء والكهرباء، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 1، أكتوبر 2007، ص 85.

² - ضياء علي أحمد نعمان، الشرط التعسفي في العقود البنكية على ضوء القانون 31-08 وعقد الانخراط في نظام البطاقة البنكية، مجلة قانون وأعمال، العدد 3، مطبعة دار الآفاق المغربية، 2013، ص 44.

طرق احتساب تلك الفوائد، وكذلك تستغل الحاجة المالية لديه والقوة الاقتصادية التي تتميز بها هذه الميزة وكما سماها المشرع الفرنسي بالميزة الفاحشة⁽¹⁾.

وهكذا نجد في بعض عقود الائتمان الاستهلاكي النموذجية التي تعرض على الزبائن بدون مفاوضات، تتضمن نسب فوائد تتجاوز بكثير القدر المسموح به والمحدد في الدوريات التي يصدرها والي بنك المغرب.

ولا يقتصر البنك على الفوائد التأخيرية فقط، وإنما يحدد غرامات متعددة على الزبون المتوقف عن الأقساط الحالة والواجبة، كما أنه يعمل على استخلاصها دون مراجعة القضاء، ولا حتى أن يوجه إنذار إلى المقرض يعلمه فيه أنه قد تأخر عن الدفع، وفي هذا الصدد صدر عن القضاء المغربي - قبل صدور القانون 31.08 - عدة أحكام وقرارات، منها الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 16 دجنبر 1999 والذي ورد فيه، "حيث ينص عقد القرض على فوائد اتفاقية بنسبة 17% سنوياً، وأن المحكمة بمالها من سلطة تقديرية في تعديل التعويض الاتفاقي طبقاً للفصل 264 من ق.ل.ع ترتئي تخفيض نسبة الفوائد المذكورة من 17% إلى 12% سنوياً ابتداء من تاريخ 19/3/1999 إلى يوم التنفيذ"⁽²⁾.

وفي نفس الاتجاه ورد في حيثيات حكم صادر عن المحكمة التجارية بمراكش ما يلي: "وحيث أن سعر 15,55 كفاًة بنكية مبالغ فيه مقارنة بالسعر الأقصى الذي كان معمولاً به في المجال البنكي عند قفل الحساب والذي لم يتجاوز 13,25% علماً أن الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية البنكية لا يعتبر طليقاً وإنما يخضع تحديده لضوابط حددها

¹ - محمد جنكل، المسؤولية البنكية على ضوء القانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك، دراسة مقارنة بين التشريع المغربي والعمل القضائي الحديث، طبعة 2015، ص 125.

² - حكم صادر عن المحكمة التجارية بالرباط عدد 1394 بتاريخ 16 دجنبر 1999، ملف عدد 4/99/904، أشار إليه فاتح كمال في مقال له بعنوان: "سعر القرض البنكي أية حماية للمستهلك"، مجلة الملف، عدد 10 أبريل 2007، ص 42-43.

قرار وزير المالية والاستثمارات الخارجية عدد 155/9 بتاريخ 1997/01/28 المتعلق بنسب الفائدة المطبقة على مؤسسات القرض⁽¹⁾.

كما نجد أن القضاء المغربي بدأ يتدخل بقوة بعد صدور القانون 08-31، لمواجهة البنود التعسفية المفروضة على المستهلكين استنادا على قواعد حماية المستهلك، والتي تهم حماية مستهلكي الخدمات البنكية، وخاصة في عقود الخدمات الائتمانية (القروض الاستهلاكية)، حيث لازالت مجموعة من البنوك تلجأ إلى الزيادة بشكل أحادي في سعر القرض، وكمثال على هذا التدخل، ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرارها الصادر بتاريخ 2017/7/13 حيث ذهبت إلى تأييد حكم صادر عن المحكمة التجارية في نزاع عقد قرض سكني بين البنك العربي كمورد وأحد زبائنه، حيث جاء في حيثيات القرار الاستئنافي⁽²⁾: "لكن ولئن كان البادي من عقد القرض المبرم بين طرفي الخصومة بتاريخ 2003-8-22 أنه يتعلق بقرض سكن يندرج ضمن خانة العقود الاستهلاكية المنظم أحكامها بالقانون رقم 08-31 المتعلق بحماية المستهلك.

وحيث يؤخذ من العرض أعلاه أن القانون 08-31 جاء ليحدد مجموعة من التدابير قصد حماية المستهلك، وهو القانون الذي تعد أحكامه من النظام العام طبقا لما نصت عليه المادة 151، ومن هذا المنطلق تبقى الحاجة بإعمال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين على إطلاقه من أجل الرفع من سعر الفائدة من 2,5 % إلى 12,5 % ، وكذلك أن قانون حماية المستهلك يلغي كل الشروط التعسفية التي من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي، أو استغلال حاجة وضعف المستهلك، ومن تم كان قضاء محكمة الدرجة الأولى مصادفا للصواب عندما لم يساير البنك في شرطه بتعديل سعر الفائدة وقت ما شاء، وبدون حاجة إلى موافقة المقرض أو حتى إخباره، مما اعتبره تعسفيا وصرح بإلغائه عملا بالمادة 15 والبند 11 من المادة 18 من نفس القانون.

¹ - حكم صادر عن المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 28 يونيو 1999، ملف عدد 99/505، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 20 دجنبر 1999، ص 209.

² - قرار رقم 1241 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 2017/7/13 ، ملف رقم 8222/2016/802 منشور بموقع marocdroit ، تاريخ الولوج 16 مارس 2018، على الساعة 20h00.

وحيث إنه تماشيا مع هذا النظر، وبخصوص الطعن في شرعية إرجاع المبالغ المقتطعة بدون وجه حق وأداء الرصيد الدائن للحساب البنكي، أنه لما ثبت أن كل اقتطاع قام به البنك استنادا إلى تعديل الفائدة يعتبر باطلا....

وحيث إنه لهذه الأسباب، يبقى ما تعلقت به وسائل الطعن في مجملها غير قائم على أي أساس صحيح، سواء من حيث الواقع أو القانون وما انتهى إليه الحكم المستأنف وجديرا بالتأييد".

وهكذا نرى بأن هذا الاجتهاد القضائي جدير بالتأييد، لأنه يوفر حماية قانونية للمستهلك المقترض في مرحلة تنفيذه ويعزز أمنه التعاقدي، ولا يجعل هذا الأخير رهينة في يد أوامر البنك كطرف قوي في العلاقة التعاقدية، كما أنه سيمنع أي دفع غير مستحق والإضرار بسوء نية بالذمة المالية للمستهلك المقترض.

ثانيا: اشتراط شيك الضمان لتقديم الخدمة

هناك بعض موردي الخدمات يلجؤون إلى بعض الممارسات غير القانونية والتعسفية، والتي لا تخدم الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات، كما هو الحال بالنسبة لشيكات الضمان التي تفرضها المصحات الخاصة كضمانة، وهذه الممارسة من الناحية القانونية هي ممنوعة حيث أن المادة 75 من القانون 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب، والتي تمنع المصحات في حالة الثالث المؤدي أن تطلب من الأشخاص المؤمنين أو ذوي حقوقهم ضمانة بنكية، أو بواسطة شيك أو بأي وسيلة أخرى من وسائل الأداء. وتفرض المصحات الخاصة شيكات على سبيل الضمان، بمبرر غياب نظام إلكتروني يتيح التعرف على البيانات المتوفرة لدى شركات التأمين، من أجل التعرف على ما إذا كان المريض يستفيد من التأمين أم لا.

وجدير بالذكر أن طلب شيك الضمان، يعاقب عليه بمقتضى المادة 316 من مدونة التجارة التي تنص على أنه "كل شخص قام بطلب شيك على سبيل الضمان مع العلم بقبول أو تطهير الشيك، شرط ألا يستخلص فورا أو يحتفظ به سيعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات أو بغرامة تتراوح ما بين 2000 و 10000 درهم".

كما ينص الفصل 544 من القانون الجنائي المغربي على أن: "كل من أصدر أو قبل شيكا بشرط ألا يصرف فوراً وأن يحتفظ به كضمانة يعاقب بالعقوبات المقررة في الفقرة الأولى في الفصل 540 على أن لا تقل الغرامة عن قيمة الشيك حيث يكون في حكم في مرتكب جريمة النصب⁽¹⁾".

ويعد هذا النص من أسباب عدم إقدام الضحايا على التبليغ بهذه المخالفات، باعتبار أن طالب الخدمة المستهلك المريض يرى نفسه مشاركاً في جريمة إصدار شيك الضمان، ولهذا فإن موردي الخدمات الطبية يستغلون هذه الثغرة القانونية، رغم أن القانون يجرم وضع شيكات على سبيل الضمان.

وهكذا نرى بأن أهم مظهر من مظاهر استغلال ضعف وجهل مستهلك الخدمة، هذا السلوك المخالف للقانون الذي تقوم به المؤسسات العلاجية الخاصة، كما نلاحظ أن المشرع المغربي قد أغفل بعض العقود المرتبطة بالصحة، حيث نجد أن عقود اقتناء الأدوية والخدمات الطبية رغم تكلفتها المالية الكبيرة، لم يشملها قانون حماية المستهلك، بخلاف التشريع الفرنسي الذي تبنى نظرية ضرورة حفظ سلامة المستهلك، وذلك من خلال المادة 221 من مدونة الاستهلاك الفرنسية، كما نرى بأنه حان الأوان لمراجعة وتعديل المادة 544 من القانون الجنائي، بما يصبح معه إصدار شيك على سبيل الضمان من طرف المستهلك معفي من المسؤولية، على أساس أنه صدر عن ضعف مفترض في هذا الأخير، خاصة الشيكات المقدمة لموردي الخدمات الصحية والعلاجية (المصحات الخاصة)، نظراً لكثرة مستهلكي هذا النوع من الخدمات، حيث أصبحت تستقطب فئة كبيرة من الزبناء وهم في حالة ماسة إلى حماية قانونية واقتصادية من تعسفات الموردين.

¹ - تنص الفقرة الأولى من الفصل 540 من القانون الجنائي على أنه: "يعد مرتكباً لجريمة النصب ويعاقب عليها بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من خمسمائة إلى خمسة آلاف درهم، من استعمل الاحتيال ليقوع شخصاً في الغلط بتأكيدات خادعة، أو إخفاء وقائع صحيحة أو استغلال ماكر لخطأ وقع فيه غيره، ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر".

الفقرة الثانية: البنود المقيدة والمعيقة لحق تقاضي مستهلكي الخدمة والمخففة لالتزامات المورد

إن كثيرا من موردي الخدمات غالبا ما يلجؤون إلى اشتراط في متن عقودهم المطروحة للمستهلكين، بنودا لا تخدم مصالح هؤلاء الأطراف الضعيفة في حالة التقاضي، في حين يستهدفون عرقلة حق المستهلك في التقاضي من خلال عرض بنود تبعده عن محكمته، أو منعه بصفة نهائية كاشتراط اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل المنازعات بدل اللجوء إلى القضاء (أولا)، وحرصا على مصالحهم الاقتصادية فإنهم يلجؤون في المقابل إلى تضمين بنود مخففة لالتزاماتهم خاصة في مرحلة تنفيذ العقد (ثانيا).

أولا: البنود التي تضيق حق مستهلك الخدمة في التقاضي الملزم

تتنوع الاشتراطات التعسفية في عقود الخدمات الاستهلاكية التي تضيق من حق المستهلك في التقاضي، فهناك بنود تهم الاختصاص القضائي، حيث تتنوع الاشتراطات الخاصة بالاختصاص القضائي من عقد لآخر، فهناك عقود كانت تسند الاختصاص إلى محاكم الدار البيضاء أو إلى أي محكمة يختارها البنك، بينما تجعل عقود أخرى الاختصاص منعقدا للمحكمة التجارية بالدار البيضاء أو لمحكمة المدعى عليه، وهناك عقود أخرى تسند الاختصاص إلى المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء⁽¹⁾.

وهذا ما نجده في نص الفصل العاشر من الشروط العامة لاستعمال بطاقة السحب للبنك العربي للمغرب حيث ينص على ما يلي: "تكون محاكم المغرب الموجود داخلها مقر البنك إلا إذا ارتأى البنك اختيار المحاكم التي يوجد بدائرتها مقر العميل مختصة دون سواها للنظر فيما عسى أن يطرأ من خلال حول تنفيذ بنود هذا العقد"⁽²⁾.

¹ - أحمد كويس، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الانتماء، مرجع سابق، ص 30.
² - ضياء على أحمد نعمان، الشرط التعسفي في العقود البنكية على ضوء القانون 31-08 وعقد الانخراط في نظام البطاقة البنكية، مرجع سابق، ص 42.

أما الفصل الحادي عشر من الشروط العامة لاستعمال بطاقة فيزا انتربنك المغرب، وكذلك الفصل الثاني عشر من الشروط العامة للبطاقة المسبقة الدفع فيزا إلكتروني تنص على أن محاكم الدار البيضاء لها وحدها صلاحية النظر في النزاع.

ونجد نفس المقتضى ينص عليه العقد النموذجي الخاص بالشروط العامة الصادر عن CMI⁽¹⁾، في نص الفصل الحادي عشر والذي يحدد بموجبه الاختصاص لمحاكم الدار البيضاء، في النزاعات التي قد تقع بصدد تنفيذ عقد خدمة البطاقة البنكية أو تفسير مقتضياته⁽²⁾.

ورغم التدخل التشريعي بموجب القانون 31.08 لحماية حق المستهلك في التقاضي، من خلال تنصيب المادة 18 على أنه تعتبر بنودا تعسفية "إلغاء أو عرقلة حق المستهلك في إقامة دعاوى قضائية أو اللجوء إلى طرق الطعن وذلك بالحد بوجه غير قانوني من وسائل الإثبات المتوفرة لديه....".

بتحليلنا للنص أعلاه نرى بأن عرقلة حق المستهلك في اللجوء إلى القضاء يتخذ عدة مظاهر وصور لعل أهمها:

- الشرط التعسفي المتعلق بتحديد الاختصاص النوعي للمحاكم، حيث لازالت تشير بعض عقود القروض الاستهلاكية إلى اختصاص المحاكم التجارية بدل المحاكم الابتدائية، ونرى أن الشرط الذي يقضي باختصاص المحاكم التجارية في العقود المختلطة هو بند تعسفي سواء كان المستهلك مدعي أو مدعى عليه، لأنه يجبره على التقاضي أمام المحكمة التجارية ويحرمه بذلك من الاختيار الممنوح له من طرف المشرع بين المحكمة الابتدائية والتجارية، ذلك أن الأصل في قواعد الاختصاص المتعلقة بالعقود المختلطة أن "غير التاجر له من حيث المبدأ العام للاختصاص الخيار بين أن يرفع دعواه في مواجهة

¹ - ويسمى بالمركز النقدي العالمي Centre monétaire international

² - حيث ورد في متن العقد بالصياغة الفرنسية:

"Tous les litiges pouvant survenir à l'occasion de l'exécution ou de l'interprétation des dispositions du présent contrat seront soumis aux tribunaux de Casablanca".

المدعى عليه التاجر أمام المحاكم الابتدائية أو أمام المحاكم التجارية، أما التاجر فلا يمكنه أن يرفع دعواه في مواجهة غير التاجر سوى أمام المحكمة الابتدائية⁽¹⁾.

وقد أكد القضاء المغربي هذه القاعدة في العديد من قراراته، ومن بينها ما جاء في قرار لمحكمة النقض⁽²⁾ الصادر في 19 مارس 2003 "لكن حيث إنه بالنسبة للعقود المختلطة، التي تعتبر تجارية بالنسبة لأحد أطرافها ومدنية بالنسبة للطرف الآخر كما هو الشأن في نازلة الحال، فإن التاجر لا يمكنه رفع دعواه في مواجهة غير التاجر سوى أمام المحاكم الابتدائية، بينما غير التاجر له الخيار بين رفع دعواه أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة الابتدائية، وهو ما اختاره المدعى (المطلوب) في هذه الخصومة والمحكمة لما ثبت لها أن القرض منح من أجل السكنى للمدعي الذي هو غير تاجر، وأن النزاع يتعلق باسترداد مبلغ دفع بدون وجه حق، فاعتبرت بسبب ما ذكر الخصومة مدنية واستبعدت الدفع بعدم الاختصاص النوعي تكون قد سايرت المبدأ المذكور³، إلا أن قاعدة الخيار الممنوحة للمدعي غير التاجر لا تعتبر من النظام العام في إطار التشريع المغربي، ويمكن مخالفتها بمقتضى العقد، بناء على فهم المادة 5 من القانون المحدث للمحاكم التجارية، والتي تنص في فقرتها الثالثة على أنه: "يمكن الاتفاق بين التاجر وغير التاجر على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية فيما قد ينشأ بينهما من نزاع بسبب عمل من أعمال التاجر"⁴.

ونفس الأمر يؤكد بعض الفقه المغربي، والذي يرى أن إمكانية تنازل المستهلك عن الخيار بين المحكمة المدنية والمحكمة التجارية، بحيث يمكنه الاتفاق مسبقاً مع التاجر

¹ - محمد المجدوبي الإدريسي، المحاكم التجارية بالمغرب، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرباط، بدون سنة النشر، ص 61.

² - محكمة النقض حالياً.

³ - قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 339 في الملف التجاري عدد 2001/391، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 62، بتاريخ 25 يوليوز 2003، ص 145.

⁴ - الرحمني حسنة، الشروط التعسفية في عقد القرض الاستهلاكي، مرجع سابق، ص 178.

على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية، رغم اعتباره شرطا تعسفيا¹، وتكمن خطورة هذا الشرط في أنها تلزم مستهلك الخدمات بالتقاضي أمام محاكم وضعت خصيصا للتجار، وذلك أن نظام المحاكم التجارية أحدث من أجل حل نزاعات طائفة خاصة من المجتمع وهم فئة التجار، الذين يمارسون نشاطا له خصوصية متفردة ويتسم بأعراف وعادات خاصة، ولذلك لا يمكن إلزامه بالتقاضي أمام قضاء غريب عنه، وأمام جهة هو أعزل في مواجهتها، خاصة على مستوى قصر المدد والآجال المسطرية والتي يترتب عنها آثار قاسية في حالة عدم احترامها⁽²⁾.

وهذا ما أكدته لجنة الشروط التعسفية الفرنسية، التي صرحت بأن إسناد الاختصاص للمحاكم التجارية يمكن أن يضر بمصالح المستهلك، التي تصان أفضل أمام المحاكم الابتدائية⁽³⁾، كما تمنع بعض التشريعات أن تتم مقاضاة المستهلكين أمام المحاكم التجارية خاصة في مجال القرض، ومنها مدونة الاستهلاك الفرنسية التي تنص في المادة L311-37 بأن المحاكم الابتدائية هي المختصة بالنظر في النزاعات المتعلقة بالقروض الاستهلاكية، أما المشرع المغربي فرغم صدور القانون 31.08 فإنه لم يحسم في البداية مسألة الاختصاص النوعي في قضايا الاستهلاك، وذلك راجع إلى أن المشرع المغربي لم يكن يحدد قواعد خاصة للاختصاص النوعي في قانون حماية المستهلك، حيث ظل هذا الأخير خاضعا للقواعد العامة للمسطرة المدنية.

وبالرجوع إلى العمل القضائي المغربي خاصة بعد صدور القانون 31.08، فقد بدأت بعض المحاكم تعتبر البند المدرج الذي يعطي للمحاكم التجارية صلاحية البت في بعض العقود الاستهلاكية بندا تعسفيا، كما هو الحال بالنسبة للبند الذي يدرجه المورد

¹ - عمر قريوح، الحماية القانونية للمستهلك، القرض الاستهلاكي نموذجا، أطروحة لنيل الدكتوراة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية: 2006-2007، ص 437.

² - فؤاد معلال، شرح القانون التجاري المغربي الجديد، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 1999، ص 102.

³ - Rapport d'activité de la commission des clauses abusives pour l'année 1984 : « les litiges relèvent du tribunal de commerce peut être préjudiciable aux intérêts du consommateur, qui seront en principe mieux préservés devant les tribunaux d'instance et de grande instance ».

(البنك) في عقد القرض، والذي يتضمن إسناد الاختصاص للمحاكم التجارية، وفي هذا الصدد صدر قرارا عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2015/10/19⁽¹⁾، والذي قضى بتأييد حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء⁽²⁾ حيث جاء في حيثياتها ".... حيث أنه وأمام خلو الملف مما يفيد كون المستأنف عليها تاجرة، ومادام أن الأصل في الشخص صفته المدنية إلى أن يثبت العكس وهو المدعى في نازلة الحالة، فإن عقد القرض موضوع الدعوى يكتسي صبغة مدنية.

ولا يمكن للمستأنفة التي كان العمل بالنسبة إليها تجاريا، مقاضاة المستأنف عليها التي كان العمل بالنسبة إليها مدنيا سوى أمام المحكمة الابتدائية...

وحيث أن عقد القرض المذكور يدخل ضمن زمرة القروض الاستهلاكية المنظمة بمقتضى القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مما يكون معه الاتفاق على عقد الاختصاص للمحكمة التجارية، المبرم بين طرفي الدعوى باطلا وغير منتج لآثاره في مواجهة المستأنف عليها، لمخالفته لأحكام القسم الثالث من القانون المذكور في فصوله من 15 إلى 20 والتي تعتبر من النظام العام".

وفي نظرنا نرى منع الاتفاق بين المهني والمستهلك على إسناد الاختصاص للمحاكم التجارية، طالما أنه من المعروف أنه أمام عدم توازن قوة الطرفين فإن المهني ينفرد بإدراج مثل هذه الاتفاقات، ولذلك فمن الطبيعي اختياره للمحكمة التجارية التي تخدم مصالحه⁽³⁾، وذلك لضمان تقاضي ملائم لمستهلك الخدمات، والذي يعتبر مرتكزا أساسيا لتحقيق الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات من طرف الموردين.

¹ - القرار رقم 300 الصادر بتاريخ 2015/10-19 في الملف التجاري رقم 2014-8227-6040، عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، منشور بمجلة القضاء التجاري، العدد 5، ص 365 إلى 368.

² - حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2014/4/24 في الملف عدد 2014/1174 والقاضي بعدم اختصاصها نوعيا للبت في نزاع قرض استهلاكي، غير منشور.

³ - في الممارسة التعاقدية، نجد أن غالبية العقود تبرم بتوقيع المستهلكين على عقود نموذجية أو عقود إذعان، وبالتالي فإن الاتفاق الذي نصت عليه المادة 5 من القانون المحدث للمحاكم التجارية بخصوص العقود المختلطة فيما يتعلق باختيار المحكمة للبت في النزاع الذي ينشأ بينهما، يأخذ صورة الفرض الإجباري من طرف الموردين، وليس على المستهلكين إلا القبول والإذعان.

وحسنا ما فعل المشرع المغربي أخيراً، بحسم مسألة الاختصاص النوعي بخصوص المنازعات الاستهلاكية لما قام بتغيير وتنظيم المادة 202 من القانون 31-08 بمقتضى القانون 78-02 الصادر بتاريخ 11 دجنبر 2020¹، حيث نصت على أنه: "في حال نزاع بين المورد والمستهلك، ورغم وجود أي شرط مخالف، فإن الاختصاص القضائي النوعي ينعقد حصرياً للمحكمة الابتدائية".

1- كما أنه من مظاهر عرقلة حق مستهلكي الخدمات في اللجوء إلى التقاضي الملائم إبعاد المستهلك عن محكمته، حيث يتم إسناد الاختصاص المحلي في حالة نزاع بين المستهلك ومورد الخدمة للمحكمة التابع لها المقر الاجتماعي لمورد الخدمة، فالاختصاص المحلي هو الذي يعطي للمحكمة صلاحية الفصل في الدعوى بناء على أساس جغرافي تحقيقاً لمصالح الخصوم ولجعل القضاء قريباً من المتقاضين⁽²⁾، أي أنه يقوم على تحديد المجال الترابي لكل محكمة في إطار النظام الذي يخضع له وعلى عدة مبادئ أهمها رعاية الخصوم حيث يتقرر للمحكمة القريبة من محل الإقامة أو محل النزاع⁽³⁾، وطبقاً للقواعد العامة فالاختصاص المحلي كأصل عام ينعقد لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه⁽⁴⁾، ويعتبر الاختصاص المحلي من بين الاختيارات التي تخدم مصلحة المستهلك وخوفاً من عرقلة مصالح المستهلكين بضرورة احترامهم للمبدأ المنصوص عليه في الفصل المذكور أعلاه، فقد مكن القانون 31.08 كلا من المستهلكين والجمعيات الهادفة لحمايتهم من الخروج عن المبدأ العام المنصوص عليه في

¹ - ظهير شريف رقم 1.20.85 صادر في 25 ربيع الآخر 1442 (11 ديسمبر 2020) بتنفيذ القانون 78.20 بتغيير وتنظيم المادة 202 من القانون 31-08، الجريدة الرسمية عدد 6945 - 6 جمادى الأولى 1442 (21 ديسمبر 2020).

² - فتحي والي: مبادئ قانون القضاء المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976، ص 220.

³ - محمد الكشور، تأثير الحكم بعدم الاختصاص - دراسة على ضوء القوانين الإجرائية، مجلة المنتدى، العدد 1، أكتوبر 1999، ص 11.

⁴ - الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية: " يكون الاختصاص المحلي لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه، فإذا لم يكن لهذا الأخير موطن في المغرب ولكن يتوفر على محل إقامة، كان الاختصاص لمحكمة هذا المحل، وإذا لم يكن للمدعى عليه لا موطن ولا محل إقامة بالمغرب، فيمكن تقديم الدعوى ضده أمام محكمة موطن أو إقامة المدعى أو واحد منهم عند تعددهم".

الفصل 27 أعلاه من عدة خيارات على مستوى الاختصاص القضائي لتسهيل مأمورية التقاضي بالنسبة لهذه الفئات الاجتماعية وتقريب القضاء منها⁽¹⁾.

وهكذا نصت المادة 202 منه على أنه "في حال نزاع بين المورد والمستهلك ورغم وجود أي شرط مخالف فإن المحكمة المختصة هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أو محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب للضرر باختيار هذا الأخير.

وبتحليلنا لهذه المادة نجد أن المشرع المغربي، قد أحرز تقدما ملحوظا في مجال حماية حق تقاضي مستهلكي الخدمات، من خلال تخليه عن المبدأ التقليدي الذي مفاده أن المدعي يتبع المدعى عليه لمحكمته، وتبنى مبدأ يراعي وضعية المستهلك كطرف ضعيف هو أن المحكمة المختصة هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك، سواء كان مدعيا أو مدعى عليه، كما أن المشرع منح لمستهلكي الخدمات صلاحية خيار المحكمة التي يراها مناسبة لمصلحته.

كما أن صيغة ورغم وجود أي شرط مخالف" تدل على أن كل اتفاق ورد في عقد إذعان أو عقد نموذجي حرم المستهلك من هذا الامتياز المسطري يكون عديم الأثر لارتباط ذلك بالنظام العام⁽²⁾.

كما نرى أن المشرع المغربي كان نبيها لما استعمل هذه العبارة لما فيه من درء لكل تحايل على المادة المذكورة من طرف المورد، وذلك بلجونه إلى إدراج شرط إسناد الاختصاص المحلي بشكل مسبق في عقد الاستهلاك أو نموذج العقد لمحكمة لا تخدم مصلحة المستهلك في التقاضي⁽³⁾.

¹ - عبد القادر العرعاري: قراءة انطباعية أولية بخصوص القانون 31.08 المتعلق بحماية المستهلك، سلسلة دراسات وأبحاث "حماية المستهلك"، العدد 4، الطبعة الأولى، 2021، ص 16.

² - غيثة ذكاوي، مرجع سابق، ص 389.

³ - يوسف المومني: المنازعة المتعلقة بالشروط التعسفية في القانون المغربي، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، الصادرة عن مختبر قانون الالتزامات والعقود، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، عدد مزدوج 6-5، 2013، ص 154.

وعادة ما نصادف في هذا السياق عقود القرض تؤكد على أنه: "بخصوص كل نزاع يترتب عن تنفيذ هذه العقدة وتأويلها فإن الأطراف يقبلون بأن يمنح الاختصاص لمحاكم الدار البيضاء".

مما يجعل من ممارسة المقرض لدعواه أو الدفاع عن مصالحه في مواجهة البنك مهمة شاقة ومكلفة⁽¹⁾، مما يؤدي إلى عزوفه عن طرق باب القضاء للمطالبة بحقوقه⁽²⁾.

ونظرا لأهمية الخدمات البنكية وخاصة عقود القروض الاستهلاكية فإن المشرع المغربي حسم بصفة نهائية مسألة الاختصاص المحلي لصالح المقرض، وأوجب على موردي خدمة القرض إقامة دعاوى المطالبة بالأداء أمام المحكمة التابع لها موطن أو محل إقامة المقرض...⁽³⁾.

كما أصبحت الأحكام المتعلقة بالاختصاص المحلي في ظل قانون حماية المستهلك من النظام العام، حيث نصت المادة 151 منه على أنه: "تعتبر أحكام هذا القسم من النظام العام"⁽⁴⁾.

وهو ما بدأ القضاء المغربي يعضده في عدة قضايا تهم مستهلكي خدمات القرض، حيث جاء في حيثيات حكم المحكمة التجارية بوجدة الصادر بتاريخ 2015/6/23⁽⁵⁾ أنه "وحيث جاء في المادة 111 من القانون رقم 31-08 المتعلق بحماية المستهلك أنه يجب أن تقام الدعاوى للمطالبة بأداء المديونية الناجمة سواء من عقد القرض أو عقود الإيجار المقرون بوعدهم بالبيع أو منح خيار الشراء أمام محكمة موطن أو محل إقامة المقرض

¹ - عبد المهيمن حمزة: حماية المستهلك في القروض العقارية - مسألة الاختصاص والمهلة القضائية نموذجاً، سلسلة دراسات وأبحاث حماية المستهلك، العدد 4، الطبعة الأولى، 2021، ص 226.

² - أحمد كويسي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، الصادرة عن مختبر قانون الالتزامات والعقود، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، العدد 2، فاس 2009، ص 47.

³ - المادة 111 من قانون 31.08.

⁴ - حيث نجد أن المشرع المغربي عنون القسم الخاص بالقروض: بالاستدانة، وهو القسم السادس من القانون رقم 31.08.

⁵ - حكم عدد 2015/67 الصادر بتاريخ 2015/6/23 بملف رقم 8201/2014/1205 بالمحكمة التجارية بوجدة، غير منشور.

وهذا المقتضى القانوني هو من صميم النظام العام انسجاما مع ما ورد بالمادة 151 من ذات القانون.

وحيث إنه في حالة وقوع نزاع بين طرفي عقد القرض، أي بين المقرض (البنك) والمدين المقرض (المستهلك)، فإن المحكمة المختصة تكون هي محكمة موطن المقرض وذلك بالرغم من وجود شرط مخالف وفق المادة 202 من نفس القانون...."

وحيث إن المدعى عليه يقطن بمدينة الحسيمة حسب ما ورد في ديباجة المقال الافتتاحي، لذا فإن المحكمة التجارية بوجدة غير مختصة محليا للبت في الطلب عملا بالمادة 202 المشار إليها⁽¹⁾.

وبالتالي يكون المشرع المغربي قد التحق بركب تشريعات الدول المتقدمة على مستوى حماية المستهلك التي جعلت مسألة الاختصاص المحلي من النظام العام مثل التشريع الفرنسي والذي نص على أنه يعتبر باطلا كل شرط يخالف ذلك⁽²⁾، كما حظر كل شرط من شأنه إلغاء أو عرقلة حق المستهلك في ممارسة الدعوى القضائية بخصوص الشرط التعسفي ورتب عنه البطلان⁽³⁾، وذلك بمقتضى المادة 141 من مدونة الاستهلاك ومنح المستهلك حق الخيار ما بين الاختصاص المحدد في قانون المسطرة

¹ - وهناك عدة أحكام قضائية صادرة في نفس الإطار نذكر منها:

- حكم صادر عن المحكمة التجارية بوجدة رقم 2015/172، ملف رقم 8210/2013/202 بتاريخ 2015/2/9 غير منشور.

- كذلك حكم المحكمة التجارية بفاس رقم 1678 الصادر بتاريخ 2015/10/1 في الملف التجاري 2014/5/245، البنك العربي بالمغرب وأحد الأشخاص بشأن عقد قرض.

² - L'article 48 du code civile française dispose que : " toute clause qui directement ou indirectement déroge de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toute contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiées de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle-est opposée ".

³ - البند Q من الفقرة الأولى من ملحق المادة 1-131 من مدونة الاستهلاك الفرنسي.

- Voir aussi Bricks Hélène, op.cit, p 80 n° 121.

المدنية، أو المحكمة التي يسكن فيها المستهلك في مرحلة إبرام العقد أو التي وقع فيها الفعل المتسبب للضرر⁽¹⁾.

وبخصوص التشريعات العربية نجد أن المشرع المصري، منع الاتفاق مسبقا على مخالفة أحكام الاختصاص المحلي، وذلك لحماية الطرف الضعيف من بعض شروط الإذعان، والتي تعطي الاختصاص لمحكمة موطن المتعاقد الأقوى اقتصاديا⁽²⁾.

وفي الأخير فإن عرقلة حق التقاضي بالنسبة لمستهلكي الخدمات، قد يأتي بموجب بند أورده مورد الخدمة في عقد خدمة استهلاكي نموذجي، يلزم لجوء الأطراف إلى الوسائل البديلة لحل النزاع، ويقصد بها كل الأساليب والآليات التي يتم بواسطتها حل النزاعات وتسويتها حبيا بين أطرافها، بدل اللجوء إلى الدعوى القضائية بمحاكم الدولة⁽³⁾، خاصة الوساطة والتحكيم، ورغم أهمية هذه الوسائل في حل النزاع بين التجار، إلا أنها قد تعتبر شروطا تعسفية عند التنصيص عليها في العقود المختلطة، التي تربط المهنيين والمستهلكين، وتؤدي إلى تكريس وضعيته كطرف ضعيف في العلاقة، وإذا كان لهذه الوسائل فعالية كبيرة عندما يكون الأطراف على قدم المساواة، إلا أنها تعتبر غير ملائمة بالنسبة للنزاعات التي تكون أطرافها غير متكافئة، ولا تصلح كبديل عن المسطرة القضائية عند وجود فوارق بين أطراف العقد⁽⁴⁾.

فمثلا شرط الوساطة المدرج في العقد الاستهلاكي، إذا ما تم اللجوء إليه بحسن نية بهدف اقتراح حل مناسب يرضي الطرفين، ويكون غير ملزم لهما ويمكن للموردين

¹ - L'article 141-5 du code de consommation énonce que: "le consommateur peut saisir à son choix autre l'une des juridictions territorialement compétente en vertu du code de procédure civile, la juridiction du lieu où il demeurait au moment de la conclusion du contrat, ou de la survenance du fait dommageable".

² - المادة 62 من قانون المرافعات المصري.

³ - محمد سلام، الطرق البديلة لتسوية النزاعات ودورها في تخفيف العبء على القضاء وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، مقال مقدم في إطار الندوة المنعقدة بقصر المؤتمرات بالعيون يومي 1 و2 نونبر 2007 في إطار تخليد الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، مجلة الملف عدد 12، مارس 2008، ص 18.

⁴ - VASSILI Christianos, les codes de procédure civile français et Hellénique face à l'accès du consommateur à la justice, R.I.D.C, 2 ;, 1988. p 426.

ومستهلكي الخدمات قبول الحل أو عرض النزاع على القضاء⁽¹⁾، ولهذا يبقى شرط الوساطة محببا من الناحية القانونية، وصحيح مادام الوسيط يقدم حولا لتقريب وجهات النظر بين مستهلكي وموردي الخدمات أطراف العلاقة العقدية محل الخلاف، ولا يمكن اعتباره تعسفيا بما أنه لا يحرم المستهلك من الحق في اللجوء إلى القضاء، في حالة عدم رضاه بالحل المقترح من طرف الوسيط أو المهني، إلا أن بعض الفقه يعده شرطا تعسفيا لسببين:

- لأن المستهلك نظرا لوجوده في موقع ضعف، بالمقارنة مع المهني غالبا ما يستسلم للحل المقترح من المهني، ليس لأنه مقتنع بوجهاته وإنما لأنه يصعب عليه الدفاع عن مصالحه كما يفعل المهني، وقد يعزف عن اللجوء للقضاء لإحجامه عن بدء مساطر قضائية طويلة ومعقدة، بعد إحساسه بأنها تستغرق الوقت الكافي في مسطرة التسوية أو الوساطة⁽²⁾.
- لأن لجوء المستهلك إلى القضاء عند رفضه للحل المقترح، قد يصبح غير ممكن للتأخر في ممارسة الدعوى داخل الأجل القانوني، وخاصة فيما يتعلق بأجل دعوى الضمان القانوني.

وفي نظرنا أن شرط الوساطة ليس شرطا تعسفيا، طالما أنه لا يحرم المستهلك من اللجوء إلى القضاء في حالة عدم رضاه بالحل المقترح من طرف الوسيط، بالرغم من تأكيد بعض الفقه أنه يطرح مشكلا عندما يدرج في عقد خدمة استهلاكي يرجح ميزان القوة فيه لصالح المهني، ويكون المستهلك في وضعية أقل لا تمكنه من الدفاع عن مصالحه أمام الوسيط كما يفعل المهني⁽³⁾، ونرى أن هذا المشكل ليس له تأثير كبير على حقوق المستهلكين خاصة مستهلكي الخدمات، الذين قد تكون قيمة مطالباتهم المالية ليست بالكبيرة كما هو الحال بالنسبة لعقود خدمات الاتصال كالمطالبة بتسوية فاتورة أو النزاعات المتعلقة بعدم قفل حساب من طرف مستهلك ومطالبة المستهلك من طرف

¹ - حيث ينص الفصل 56-327 من ق.م.م " اتفاق الوساطة هو العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد...".

² - Bricks (H), op.cit 59 n° 90.

³ - نزهة الخدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية، عقد البيع نمودجا، مرجع سابق، ص 283.

البنك بأداء تكاليف خدمة الحساب رغم تقديم المستهلك لطلب إقفال الحساب وعدم قيام المؤسسة البنكية بالاستجابة لذلك رغم توفر الشروط القانونية لإقفاله.

وأمام هذه الإيجابيات الملموسة لمؤسسة الوساطة، والتي تتمثل بالأساس في بساطة الإجراءات والاقتصاد في المصاريف والسرعة في البت مقارنة مع سلوك الدعوى المحاكم، نرى السماح بإدراج شرط الوساطة، شريطة تحديد أجل محدد لتفادي تفويت فرصة التقاضي على المستهلكين، لأن مقاضاة المورد المهني قد تصبح غير ممكنة عند انصرام الآجال القانونية للتقاضي، كما هو الشأن في دعوى الضمان⁽¹⁾، لذلك يتعين أن يحرص الأطراف خاصة المهني على عدم تجاوز هذه الآجال، فقد أعطى قانون المسطرة المدنية بمقتضى القانون 05-08 للأطراف تحديد مهمة الوسيط، دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر من التاريخ الذي قبل فيه الوسيط مع إمكانية تمديد الأطراف للأجل المذكور.

ونلاحظ أنه بالرجوع القانون 31.08 الخاص بتدابير حماية المستهلك، نجد أن المشرع المغربي أوجب اللجوء إلى الوساطة قبل إقامة أي دعوى للمطالبة بالأداء في حالات محددة، وخاصة في عقود قروض الاستهلاك.

وتتمثل هاته الحالات في عدم تسديد الأقساط الناتجة عن الفصل من العمل، وحالة عدم تسديد الأقساط الناتجة عن حالة اجتماعية غير متوقعة، وأحاط هذا الإجراء القانوني الملمزم للمؤسسة المقرضة "البنك"، بضمانة حمائية لمستهلكي خدمة القرض، وهي منع المورد البنك من تحميل المقرض فوائد التأخير، أو أي مصاريف مترتبة عن هذه المسطرة⁽²⁾.

¹ - تم تمديد آجال الدعاوى الناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعد بها بمقتضى قانون حماية المستهلك، فبعد أن كانت هذه الآجال قصيرة لا تتجاوز شهرا بالنسبة للمنقولات وفي سنة بالنسبة للعقارات، أصبحت هذه الآجال بمقتضى المادة 65 من هذا القانون تتمثل في سنتين بعد التسليم بالنسبة للعقارات، وفي سنة بالنسبة إلى الأشياء المنقولة، لذا أصبح التأخر في ممارسة الدعوى داخل الأجل القانوني أقل حدة، لكنه يبقى وارداً، يتعين على المستهلك الحرص على عدم الوقوع فيه.

² - الفقرتين 4 و5 من المادة 111 من قانون 31.08.

وبخصوص إدراج الموردون لشرط التحكيم في حالة حدوث نزاع مع المستهلكين، فإنه بخلاف الوساطة التي تعتبر آلية لتقريب وجهات النظر والمساعدة على إيجاد الحل والصلح، فإن التحكيم مؤسسة قضائية اختيارية من قبل الأطراف الذين يتفقون بمحض إرادتهم على عرض نزاعهم على محكم أو محكمين يعينونهم بأنفسهم⁽¹⁾، وقد عرفت المادة 306 من قانون المسطرة المدنية المغربية على أنه: "يراد بالتحكيم حل النزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم". كما عرفت المادة 307 من ق.م.م اتفاق التحكيم بأنه: "التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية، ويكتسي اتفاق التحكيم شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم".

ومن هنا تبدو لنا خطورة هذا النوع من الوسائل البديلة لحل المنازعات، على مصالح المستهلكين، حيث أن التحكيم يمنع سلوك المسطرة القضائية.

ومما يزيد من خطورة التحكيم على مصالح المستهلك، أن شرط التحكيم ينص على اختيار المحكمين، وبما أن العقد تتم صياغته من طرف المورد المهني في عقود الإذعان أو في عقود استهلاكية نموذجية، لذا فالتحكيم سيسمح للمهني وحده باختيار المحكمين مما يضر بمبدأ الحياد⁽²⁾.

كما أن اللجوء إلى التحكيم يتم بناء على اتفاق التحكيم، وبما أن المهني مقدم الخدمة غالبا ما يدرج شرط التحكيم في العقد النموذجي، وبالتالي يصبح شرطا نمطيا وإذعانيا، ليس للمستهلك أدنى حرية في مناقشة الشرط من عدمه، وهكذا يحرص المهني على تضمين هذه العقود لشرط التحكيم ليجعله في مأمن ضد أية مطالبة من المستهلكين، لذلك فإن التحكيم سيستغل من الطرف القوي في العلاقة، ليفرض شروطا قاسية على الطرف الضعيف، فيفرغ التحكيم من فحواه ويصبح أداة مشلولة إن لم نقل أداة هدم⁽³⁾.

¹ - عبد الله درميش، اهتمام المغرب بالتحكيم إلى أي حد، مجلة المحاكم المغربية، عدد 73، ص 13.

² - Bricks Hélène, op.cit, n° 91, p 60

³ - عبد الله درميش، التحكيم الدولي في المواد التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1982/1983، ص 7.

وكذلك أن المهني قادر على الدفاع عن مصالحه، سواء أمام مؤسسة تحكيمية أو جهة قضائية لاستعانتة بعدة مستشارين قانونيين ومحامين، فإن وجود المستهلك في موقع ضعف قد يجعل هذا النوع من التقاضي ليس في صالحه، ويرجع ذلك إلى مجموعة من الأسباب.

- أن تكلفة التحكيم وحدها تعتبر مرهقة بالنسبة لمستهلكي الخدمة الذي يعزف عن مقاضاة المهني لأن طلباته التي يريد الحصول عليها أقل بكثير من هذه المصاريف⁽¹⁾.

- أن هناك فرقا كبيرا بين اتفاق شركات متكافئة اقتصادية وقانونيا بالتنصيص على اللجوء إلى التحكيم، في حالة وقوع نزاع بينهم وبين شركة ومستهلكين لهما قوى غير متعادلة، فالمستهلكين ليس لهم نفس الخبرة ولا الإمكانيات المادية أو التقنية المتوفرة لدى المهنيين.

ونظرا لخطورة هذا البند على العلاقة التعاقدية الاستهلاكية، وكونه غير مجدي للمستهلك من أجل المنازعة في عقد استهلاكي، فقد اعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي شرط التحكيم باطلا في النزاعات المتعلقة بعقود الاستهلاك⁽²⁾.

وكان ذلك قبل إدراج المشرع الفرنسي شرط التحكيم ضمن لائحة البنود التعسفية، والأساس القانوني لهذه القرارات هو المادة 2061 من القانون المدني، التي تعتبر بأن شرط التحكيم يعد باطلا، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

وقد قام المشرع الفرنسي بتعديل المادة 2061 من القانون المدني بموجب القانون 15 ماي 2011، وأصبحت تنص على أن: "شرط التحكيم يعتبر صحيحا ما لم توجد

¹ - حسنة الرحموني، مرجع سابق، ص 175.

² - وكان ذلك بموجب قرار شهير لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 أكتوبر 1971، أشارت إليه حسنة الرحموني مرجع سابق، ص 176.

ثم دأبت على ذلك المحكمة النقض الفرنسية في مجموعة من القرارات أهمها قرار صادر بتاريخ 5 ماي 1982، حيث ورد فيه بالصيغة الفرنسية:

- " Vu l'article 2061 du code civil, et l'article 631, ces deux textes qu'une clause compromissoire incluse dans un contrat commercial pour une partie et civil pour une autre partie est nulle à l'égard de chacune d'elle, " Bull, Civ, 1982, Tome II, n° 69, P 49.

مقتضيات قانونية مخالفة"⁽¹⁾، وهي بالطبع مقتضيات قانون الاستهلاك التي تعتبر شرطا تعسفيا، يمكن إبطاله إذا كان يمنع أو يعرقل المستهلك في اللجوء إلى القضاء، خاصة في حالة إجبار المستهلك على سلوك وسيلة من الوسائل البديلة لحل المنازعات، بشكل حصري.

أما في إطار التشريع المغربي فقبل سنة 2011 أي قبل تاريخ صدور قانون 31.08، لم يكن هناك أحكام تحمي المستهلك من إدراج شرط التحكيم في العقد، لكون المقتضيات القانونية المنظمة للتحكيم في قانون المسطرة المدنية لا تشير إلى عقود الاستهلاك ضمن العقود المستثناة من التحكيم، وهكذا نصت المادة 309 على أنه: "لا يجوز أن يبرم اتفاق التحكيم بشأن تسوية النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارة".

كما أن القضاء المغربي كان يأخذ باتفاق التحكيم ولا يعتبره بندا تعسفيا، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1992/05/27⁽²⁾: "لكن حيث إنه إذا كان التحكيم يعتبر نظاما قانونيا وقضائيا تميزا له عن نظام القضاء الرسمي أو الإلزامي، فإنه يظل نظاما لا اختيارا يقوم إلى جانب القضاء العادي، يلجأ إليه لبساطة الإجراءات وسرعة البث في القضايا، وحيث إنه رغم الطابع الاختياري لنظام التحكيم فإن اتفاق الطرفين على اللجوء إلى هذا التحكيم لفض المنازعات القائمة بينهما يضيفي على هذا الاتفاق الصبغة القانونية الملزمة".

كما جاء في قرار آخر صدر بتاريخ 2002/02/13 "لكن حيث أنه بالرجوع إلى الفصل 8 من هذه الاتفاقية، والذي يشترط اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود نزاع في تنفيذ الاتفاق.... يتبين أن الطرفين اتفقا على إسناد الأمر إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع شأن تنفيذ العقد، والعقد شريعة المتعاقدين حسب الفصل 230 من ق.ل.ع. ومحكمة

¹ - Art 2061 : La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi ».

² - قرار رقم 438 صادر بغرفتين بتاريخ 1998/5/27، أورده محمد رافع في مقال: "اتفاق التحكيم في ظل القانون المغربي والاتفاقيات الدولية"، مجلة المحاكم المغربية، عدد 117، 2008، ص 54.

الاستئناف عندما قبلت الدعوى التي تقدم بها الطاعن مباشرة إلى القضاء متجاوزا شرط التحكيم الذي التزمت به تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض⁽¹⁾.

إلا أنه مع صدور القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك، فإنه يمكن لمستهلكي الخدمات المنازعة في شرط التحكيم الوارد في عقد الخدمة الاستهلاكي، إذا ما رأوا مصالحهم قد تضررت استنادا على المادة 18 من القانون 31.08، بكون التحكيم آلية لإلغاء أو عرقلة حق المستهلك في إقامة ودعاوى قضائية.

وهو ما نفهم منه أن إدراج شرط التحكيم، أو غيره من الشروط المعرقلة لحق التقاضي تعتبر شروط تعسفية.

ثانيا: البنود التي تخفف من التزامات المورد في تنفيذ عقد الخدمة الاستهلاكي.

أي البنود التي يعترف فيها مقدم الخدمة بحالة الخدمة ويلزم المستخدم المستهلك بها، كيفما كانت بدون موجب قانوني، أو يعفي نفسه من ضمان استمرارية الخدمة، فقد يحدث بعد إبرام عقد الخدمة الاستهلاكي، أن يتدخل عامل أجنبي يحول دون تنفيذ الالتزام كاملا، وهنا وفقا للقواعد العامة يصبح الطرف المدين (المستخدم)، ملزما بسداد قيمة الجزء المنفذ كما لو كانت الخدمة رديئة⁽²⁾.

وإذا كان مضمون التزام مقدم الخدمة يتمثل في تقديم الخدمة، وكذا القيام بكل ما من شأنه ضمان الاستفادة من الخدمة، كما هو الحال بالنسبة لالتزام شركات الاتصالات...، إذ يقع على عاتق مورد الخدمة الالتزام بتقديم خدمات الاتصالات لمستخدميها، عن طريق القيام بكل ما من شأنه ضمان الاتصال الأمثل للمشارك بطريقة مرضية، وذلك بأن تكون خدماتها ميسرة ومستمرة ومتاحة في كل الأوقات، وتذليل كافة العقبات التقنية التي تعترض المستخدم أثناء عملية الاتصال، باعتبار أن ذلك من مستلزمات القيام بهذا الالتزام، وعليه يعد هذا الالتزام من أهم التزامات في الخدمة بل هو أساس التعاقد معه، لذا يجب عليه توفير الأجهزة الفنية والكوادر اللازمة ونصب الأبراج

¹ - علال البصراوي، التحكيم الاختياري والأنظمة المشابهة، مجلة المحاكم المغربية، عدد 117، 2008، ص 64.

² - صدام برن رحيمة الساعدي، الحماية المدنية لمستخدمي شبكة الهواتف النقالة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2017، ص 92.

والهوائيات وتأمين الاتصال مع الأقمار الصناعية، وتوفير الكهرباء، والقيام بأعمال الصيانة الوقائية⁽¹⁾.

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة استئناف باريس بمسؤولية مزود الخدمة، نتيجة تعطل الخدمة لمدة أكثره مما هو معتاد في العادات الجارية، آخذين بعين الاعتبار معدل تجميد النظام، حيث زادت مدة توقف الخدمة عن الحد الذي تصبح معه غير مشروعة، إذ تجاوز من الإصلاح (72) ساعة من مجمل 213 ساعة، بمتوسط 20 ساعة في الشهر بما يقابل معدل (11.04 في المائة) بما يتجاوز المعدل المعتاد للتوقف، إلا أن المحكمة أخذت بالظروف المخففة لمسؤولية مزود الخدمة، ذلك لأن المشترك في خدمة الانترنت كان على علم بعدم وجود مكتب للصيانة في المدينة، كما أن مزود الخدمة بذل جهوده في سبيل التقليل من العيوب التي تعتري هذه الخدمة من خلال مد مدة الاستعانة بجهاز آخر⁽²⁾.

وفي قضية أخرى ذهبت محكمة استئناف باريس، إلى عدم وجود ما يؤخذ على شركة Phillips لخدمات الإعلاميات في الادعاء بعدم إنشاء مركز للصيانة في مدينة Grenoble، وبحسب المحكمة أن العطل تم إصلاحه خلال فترة زمنية تتوافق وطبيعة هذا العطل، وجسامته وانتهت المحكمة إلى أن شركة Phillips لا تتعقد مسؤوليتها، طالما لم تتجاوز المدة الضرورية للتدخل، مع الأخذ بنظر الاعتبار السمات المميزة للبرمجية وحجم التعقيد الذي تتصف به هذه العمليات⁽³⁾.

وهكذا فلا يكفي أن تضمن شركة الاتصال في بنود العقد كونها ليست ملزمة، أو مسؤولية قطعيا أمام المشترك المستهلك وبشكل مباشر، أو غير مباشر عن أية مشكلة أو تأخير أو توقف أو تقطع أو تغطية يمكن أن يحصل في أي وقت للشبكة، ومهما كان نوع

¹ - محمد حسام محمود لطفي، عقود خدمات المعلومات- دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة 1994، ص85.

² - أشارت إليه نافان عبد العزيز رضا، عقود الاشتراك في منظومة الاتصالات، منشورات زين الحقوقية، 2020، ص 413.

³ - 25 ch.A. 5 oct 1982, Les contrat ou informatique, litec, Paris,, 1991 p 114-115.

الخدمة المستخدمة أو عن أي أضرار أو خسائر قد تلحق بالمستخدم⁽¹⁾، لإخلاء مسؤوليتها بل عليها التزام ببذل عناية تحت طائلة اعتبار هذا البند تعسفيا.

كما أنه من البنود المخففة لالتزامات مورد الخدمة، ذلك البند الذي يعفي به مورد الخدمة نفسه من ضمان استمرارية الخدمة، كما هو الحال بالنسبة عقد خدمة الولوج إلى الشبكة، حيث هناك التزام آخر يقع على عاتق مقدم خدمة الولوج، إذ يتوجب عليه أن يضمن لمستهلك الخدمة استمرارية الاتصال وجودته، وأي شرط يعفي مقدم خدمة الدخول إلى الشبكة من ضمان الاستمرارية يعتبر شرطا باطلا وتعسفيا اتجاه المستهلك.

وفي هذا الإطار ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صدر بتاريخ 8 نونبر 2007، اعتبرت فيه إدراج شرط عدم ضمان الربط الدائم بالشبكة، نظرا لأسباب ترجع للشبكة شرطا تعسفيا لأنه يعفي المورد من نتائج أخطائه، فباستثناء حالة القوة القاهرة وفعل المتعاقد (الزبون) يبقى المورد مسؤولا لضمان الربط بالخدمات التي وعد بها⁽²⁾.

وإضافة إلى هذه البنود فإن موردي الخدمات يلجؤون إلى إدراج بنود أخرى مخففة لالتزاماتهم، كأن يشترط مقدم الخدمة ألا يتحمل مسؤولية عن التأخير في توفير الخدمة أو إعادة توصيلها أو التعويض عن الأضرار الناجمة عن القطع جزئيا أو كليا كتفويت فرصة مثل ضياع أرباح أو خسائر غير مباشرة أو تبعية.

كما قد يشترط مقدم الخدمة حقه في تعديل أو تغيير أو إعادة صياغة هذه الشروط من حين لآخر، كيفما يراه مناسبا ويكون هذا التغيير أو التعديل أو إعادة الصياغة ملزما للعميل المستهلك وبأثر فوري من تاريخ إصداره من قبل مقدم الخدمة⁽³⁾، ونرى أن هذا عين التعسف وقمته ويعد من دون أدنى تشك شرطا يجوز إبطاله أمام القضاء.

غير أنه بالرجوع إلى قانون حماية المستهلك فإننا نجد أن المادة 18 قد أدرجت عدة صور من البنود المخففة لالتزامات موردي الخدمة، والتي من شأنها أن تتسم بطابع

¹ - جميع شركات الاتصال تعترف بتذبذب الخدمة بين الحين والآخر وتعفي نفسها من ذلك ولا تعوض المستخدم عن ذلك، بل تصر على شرطها التعسفي وتعلن في إعلاناتها الترويجية أن خدماتها ممتازة، وغير قابلة للتوقف، كما هو الحال لإعلان شركة أسيايل عن خدمة الأنترنت، وكذلك شركة أثير للاتصالات (زين) والرائدة في خدمات الاتصال بالشرق الأوسط، ونفس الأمر بالنسبة لشركة اتصالات المغرب

² - Civ 1^{er} 8 Nov 2007, N° 5-20637. CCE 2008.. Cite par Holland (A) et Linant, de bellefonds (X) Pratique du droit de l'informatique, 6^{ème} éd, Delmas.2002, p 22.

³ - فؤاد الشعيبي، التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصالات، مرجع سابق، ص 557.

التعسف، كإلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته، أو إلغاء حقوق المستهلك القانونية أو الحد منها في شكل غير ملائم إزاء المورد أو طرف آخر في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من لدن المورد. لأي من الالتزامات التعاقدية⁽¹⁾.

في ختام هذا الفصل نقول أن صور البنود التعسفية، لا ينتهي تعدادها ولا يمكن حصرها، مادامت أن الحركية الاقتصادية لا تتوقف، فالموردون يبدعون أصنافا من البنود للتحايل على إرادة المستهلك، رغبة في تحقيق مزيد من الأرباح، وأن مسايرتها أو استيعابها لضمان أمن تعاقدى لمستهلكي الخدمة كأطراف ضعيفة، يستوجب إقرار نظام مسؤولية أكثر فعالية بما يحقق التوازن بين مصالح المقاتلة والمستهلك، ضمانا لنمو الاقتصاد وخلق الثروة، وهذا طبعاً لن يكون إلا بإيجاد دعائم قانونية ومؤسسية تعزز من الأمن التعاقدى لمستهلكي الخدمات، في مرحلة تنفيذ العقد أو في مرحلة المنازعة العقدية، فمهما صدرت القوانين المستوعبة للممارسات العقدية المضرة بالأمن التعاقدى للمستهلكين عموماً، ومستهلكين الخدمات خصوصاً، فلن يتحقق هذا الأخير إلا بوجود مؤسسات قانونية، وقواعد موضوعية وإجرائية مرنة، تستوعب المستجدات وتسمح بالتدخل القضائي الإيجابي، لضمان التوازن العقدي في مرحلة تنفيذ العقد، لأن حركية العقد في بعض الأحيان تفوق حركية النصوص كما يقول الفقيه Madelin⁽²⁾، فكل اختراع أو فتح علمي يفرز واقعا جديداً، ويرتب آثاراً ما كانت قائمة قبل وجوده وشيوعه، خاصة مع ظهور التعاقد الرقمي واكتساحه لميدان الأعمال.

¹ - البند 1 و4 من المادة 18 من قانون 31.08.

² - « Le contrat peut bouger plus vite que la loi ».

أشارت إليه مليكة مسرار، عقد الولوج إلى الشبكة، المجلة المغربية للقانون التجاري، العدد 3، 2015، ص 138.

الباب الثاني:

ضمانات الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمة في مرحلة

تنفيذ العقد

بعد أن فرغنا من دراسة المستلزمات القانونية لتحقيق الأمن التعاقدي في مرحلة تكوين العقد في الباب الأول، فكان لابد من دراسة الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات في مرحلة تنفيذ العقد، حيث نجد أن تشريعات الاستهلاك قد عملت على تطوير قواعد الحماية لمستهلك الخدمة كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية بصفة عامة، هذه القواعد التي شملت مرحلة تنفيذ العقد، وقد استهدفت هذه القواعد ضمان حق التقاضي والتعويض، والحق في القضاء الميسر، وذلك من خلال بلورة قواعد حمائية تكتسي صفة النظام العام في الغالب، وما ترتب عن ذلك من آثار قانونية مهمة، شكلت ضمانات فعلية لتعزيز الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمة كطرف ضعيف.

وقد تظاهرات في توجيه المشرع المغربي للقضاء بلعب دور إيجابي لفائدة المستهلك، بما يخدم حقه في التقاضي وتجاوز الدور التقليدي للقاضي السلبي المتشعب بالمبادئ التقليدية لنظرية العقد، وخاصة مبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث الاستناد إما على نظرية عيوب الرضا ونظرية التعسف في استعمال الحق أو نظرية تنفيذ العقد بحسن نية.

غير أن هذا التوجه ومع تأثر التشريع المغربي بالمطالبات الحقوقية والالتزامات الدولية، فرضت عليه تبني قواعد حماية المستهلك، فأتى بضمانات مهمة شكلت منطلقا لتأسيس الأمن التعاقدي للمستهلكين بصفة عامة، ومستهلكي الخدمات بصفة خاصة في مرحلة تنفيذ العقد، وقد تمثلت في اتخاذ قواعد حماية المستهلك لصفة النظام العام، وما ترتب عنه من تقوية الدور القضائي، والذي شكل ضمانا حقيقية للأمن التعاقدي في حالة نشوب نزاع في مرحلة تنفيذ العقد.

كما أنه بتبني التشريع المغربي لقواعد حماية المستهلك، نتج عنه تغير مبدأ الأثر النسبي للعقد الذي أعطى للجمعيات صلاحية الدفاع عن المستهلكين أمام القضاء نتيجة الاعتراف التشريعي للمستهلك بحق التمثيلية (الفصل الأول)، ونظرا لخصوصية العقد الاستهلاكي وخاصة عقود الخدمات الاستهلاكية، فقد أحدث المشرع المغربي تغييرا كبيرا على مستوى نظام المسؤولية، بما يحقق نجاعتها وفعاليتها ويعزز من الحماية العقدية للمستهلك وبالتبعية تقوية دعائم الأمن التعاقدي (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

الضمانات القضائية الخادمة للأمن التعاقدي

لمستهلك الخدمة

يتحدد النطاق الموضوعي لآثار العقد في معرفة بنود الاتفاق، باعتبار هذا الأخير يمثل الشريعة العامة للمتعاقدين، فالعقد لا يلزم الأطراف إلا في حدود ما تضمنه من عناصر متفق عليها، وإذا كان الوضع المألوف في ميدان المعاملات هو تنفيذ العقود بحسن نية، وبطريقة تلقائية استناد للبنود والمحركات المتضمنة للالتزامات المتعاقدين.

إلا أن هناك الكثير من الحالات التي يحصل بشأنها الاختلاف حول العقد، الأمر الذي يستلزم طرح النزاع على المحكمة، لإجلاء الغموض الذي يكتنف هذا العقد، وذلك بعد تكييف طبيعته القانونية وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى.

غير أن القضاء وأثناء فصله في النزاع في ظل القواعد العامة، يظل مكبلاً بمبدأ القوة الملزمة للعقد، والذي يعتبر من أهم النتائج المترتبة عن المبدأ الكبير سلطان الإرادة⁽¹⁾، فالعقد الرابط بين الدائن والمدين يعتبر بمثابة قانون ثنائي، ينظم موضوع المعاملة التي حصل بشأنها الاتفاق، وهذا يعني أن العقد يكون ملزماً لأطرافه بما تضمنه من بنود، بالتالي فإن أي محاولة للمراجعة الفردية أو إظهار نية العدول عن مقتضيات الاتفاق، لا يكون لها أي أثر إلا إذا حصلت عن التراضي المزدوج بين هؤلاء الأطراف، لأن الإرادة التي أنشأت الالتزام تستطيع أن تنهيه، أو تتراجع عنه بنفس السهولة التي مكنتها من إنشائه، وبما أن العقد نتاج توافق إرادتين، كان لزاماً أن يتم الإلغاء أو التعديل عن طريق هذا التوافق.

¹ - عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، نظرية العقد - دراسة مقارنة على ضوء التعديلات الجديدة الواردة في:

* القانون رقم (31.08) المتعلق بحماية المستهلك.

* القانون رقم 53.05 المتعلق بتبادل المعطيات القانونية.

* القانون (24.09) المتعلق بسلامة المنتوجات المعيبة، مطبعة دار الأمان، الطبعة 4، 2014، ص 316.

وإذا كان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يحول دون المراجعة الفردية لبنود العقد، فإنه طبقاً لهذا المبدأ فإن الشروط التعسفية تعتبر جائزة، وإذا أردنا أن تكون أكثر دقة كان اعتبارها بنود تعسفية أمر خاطئ طالما قد تم الموافقة عليها⁽¹⁾، والعقد في هذه الحالة يستمد قوته من إرادتين حرتين وليس من إقرار القانون⁽²⁾، وهذا فيه مجافاة للواقع الذي أصبح يتميز بوجود تفاوت كبير بين الطرفين المتعاقدين، أحدهما طرف ضعيف وآخر طرف قوي، حيث غدت نظرية الالتزام التقليدية عاجزة عن مواكبة الواقع الذي أصبح فيه المهني يفرض شروطه العقدية على متعاقده، فحلت عقود الإذعان محل عقود المساومة، وبذلك انعدم أو كاد أن ينعدم ركن الرضا في هذه العقود، مما ترتب عنه ضرورة البحث عن آليات قانونية لضمان التوازن العقدي.

وأمام حاجة الطرف الضعيف للحماية من تعسف الطرف القوي في العقود، ومن أجل التخفيف من أثر عدم التوازن العقدي، فإن القضاء لم يقف مكتوف الأيدي بل لجأ إلى مجموعة من الآليات التي تسمح بالتخفيف من عدم التوازن، وخاصة تلك التي تضمنتها القواعد العامة الواردة بظهير الالتزامات والعقود، باعتباره الشريعة العامة لقانون العقود.

وبذلك حاول القضاء المغربي أن ينهج نفس نهج نظيره الفرنسي، ليخرج من دوره التقليدي إلى دور أكثر فعالية لتحقيق نوع من الحماية للطرف الضعيف عموماً والمستهلك خصوصاً⁽³⁾، غير أن القواعد القانونية المضمنة في القوانين المدنية عاجزة عن منحه صلاحيات تعينه على التدخل الإيجابي، غير أن عدم كفايتها وأمام ملحاكية حماية المستهلك في العقود، وما أصبح يمثلته هذه الأخير داخل النظام العام الاقتصادي، وما يتطلبه من حقوق في حماية حقوقه الاقتصادية وإرادته التعاقدية وحقه في الأمن التعاقدي، عمل التشريع المغربي وعلى غرار مجموعة من التشريعات المتقدمة على إصدار قوانين الاستهلاك، والتي منحت صلاحيات واسعة للقضاء قصد التدخل الإيجابي

¹ - Calais Auloy (J), les clauses abusives en droit française , acte de la table ronde du 12 décembre 1990, les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe L.G.D.J,1991, p :11.

² - محمد شليح، سلطان الإرادة في ضوء ق.ل.ع.م أسسه ومظاهره في نظرية العقد، مرجع سابق، ص 1.

³ - نزهة الخدي، مرجع سابق، ص 148.

في النزاع التعاقدي الاستهلاكي لضمان الأمن التعاقدي للمستهلك، وخاصة بصور القانون 31.08، هذا الأخير تميزت قواعده بهيمنة صفة النظام العام وبمقتضاها أصبح للقاضي صلاحية التدخل الإيجابي في حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك، وخاصة في مرحلة تنفيذ العقد، وهذا سيعزز من فرص تعزيز مقومات التوازن العقدي، وبالتبعية تحقيق الأمن التعاقدي (الفرع الأول)، كما أنه أدخل تغييرا على مبدأ الأثر النسبي للعقد، من خلال الإقرار التشريعي بصلاحية بعض الأطراف للتدخل في حماية المستهلك عقديا، ولو لم تكن طرفا في العقد، كما هو الحال بالنسبة لمنح جمعيات حماية المستهلك صلاحية رفع الدعاوى القضائية دفاعا عن المصالح الفردية والجماعية للمستهلكين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التوجه التشريعي نحو دور قضائي إيجابي خادم

للأمن التعاقدي

قبل صدور قانون الاستهلاك المغربي، كان القضاء يلجأ إلى عدة آليات حائية للطرف الضعيف (المستهلك) للتخفيف من آثار انفراد الطرف القوي في إعداد العقد، وعرضه للإيجاب من طرف المتعاقد طالب السلعة أو الخدمة، وخاصة مع ظهور الطرق الحديثة في التعاقد، كعقود الاذعان والعقود النموذجية، وهذه الآليات تضمنتها القواعد العامة المنبثقة عن قانون الالتزامات والعقود، حيث استند التدخل القضائي لمحاربة الاختلال العقدي بين الطرفين غير المتكافئين على طرق غير مباشرة، كعيوب الرضا، ومبدأ حسن النية في العقود، ونظرية التعسف في استعمال الحق، مما يحتم علينا تقييم حدود التدخل القضائي في تحقيق التوازن العقدي في ظل القواعد العامة، ومدى مساهمته بالتبعية في خلق التوازن العقدي (المبحث الأول)، وإذا كان قانون تدابير حماية المستهلك المغربي رقم 31.08 يعتبر إطارا مكمل للمنظومة التعاقدية المغربية، فإنه جاء بعدة مقتضيات تقدمية تهدف إلى تجاوز مظاهر القصور التي شابت القواعد العامة من حيث الصلاحيات المكفولة للقضاء في محاربة الاختلال العقدي في العقود

الاستهلاكية، وذلك عبر عدة مداخل قانونية مستحدثة أسست لمقاربة جديدة في تعامل القضاء مع اللاتوازن العقدي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تقييم الدور القضائي في تحقيق الأمن التعاقدى في ظل

القواعد العامة للتعاقد.

لم يكن القانون المغربي يتضمن أي مقتضى عام يضمن مباشرة التوازن في العقد، ولا يمكن أن يفسر هذا الوضع إلا بالاستناد إلى مبدأ سلطان الإرادة، وقد ترتب على هذا الوضع أن أصبح المهني يستقل بتحديد بنود العقد دون مراعاة مصالح الطرف الضعيف، وذلك بتضمينه بنودا تعسفية تراعى فيها مصالحه⁽¹⁾، اللهم بعض القواعد العامة التي تضمنتها قواعد قانون الالتزامات والعقود (المطلب الأول)، غير أنه مع تعديل التشريع المغربي للفصل 264 من قانون الالتزامات والتي أعطى بموجبها القانون الصلاحية القانونية للقضاء، من أجل تعديل الشرط الجزائي بداية التعامل الفعلي المباشر مع العقود غير المتكافئة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حدود التدخل القضائي في ظل القواعد العامة

ينبغي الإشارة منذ البداية إلى أن نظرية عيوب الرضا، قامت بدور هام في حماية الطرف الذي تكون إرادته مدفوعة إلى إبرام الالتزام تحت وطأ الإكراه أو التدليس، أو غيرها من العيوب التي تطرقت إليها مختلف التشريعات، ومنها التشريع المغربي الذي عالجه في الفصول من 39 إلى 56 ق.ل.ع.م، غير أن تلك القواعد طبقت في الغالب في المعاملات العادية البسيطة، وخاصة في الصورة التقليدية للتعاقد المعتمدة على المفاوضة والمساومة التعاقدية، حيث يتاح لأطراف العقد مناقشة شروطه والتفاوض بشأنها (الفقرة الأولى)، لكن التحولات الاقتصادية والاجتماعية والتي لحقت الميادين الاقتصادية صاحبها تطورات في العلاقات القانونية، أدت بالنصوص التشريعية إلى العجز عن ملاحقة هذه التغيرات، وبالتالي خلق بون شاسع بين النص والممارسة، وخاصة على مستوى إحداث التوازن العقدي⁽²⁾، مما جعل القضاء يلجأ إلى عدة نظريات

¹ - أحمد كويسي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان، مرجع سابق، ص 21.

² - عبد الرحمن الشراقوي، دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي، مرجع سابق، ص 6.

للتخفيف من أثر عدم التكافؤ، مثل نظرية التعسف في استعمال الحق (الفقرة الثانية) ونظرية وجوب تنفيذ العقد بحسن نية (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: تطبيق القضاء لنظرية عيوب الرضا

إن إرادة المتعاقد قد تتعرض لعيب يؤثر فيها، فنتجها هذه الأخيرة إلى التعاقد وهي على غير بينة من حقيقة الأمر، أو تتجه إلى إحداث الأثر القانوني للعقد، وهي أسيرة في اختيارها تحت ضغط ورهبة أو خوف أو ما شابهه، والرضا إما أن يكون مفقودا، وإما أن يكون موجودا ولكنه معيب غير سليم، ففي حالة انتفاء الرضا يفقد العقد ركنا من أركانه فيقع باطلا.

أما في الحالة التي تقوم الإرادة وتكون معيبة، أي غير صادرة عن بينة واختيار، فإن العقد يكون قابلا للإبطال، والعيوب في الرضا هي الغلط والتدليس والإكراه والغبن والاستغلال، وحالة المرض والحالات الأخرى المشابهة⁽¹⁾.

وتعتبر نظرية عيوب الرضا من بين الأسس التقليدية، التي يمكن الاستناد عليها للاعتراف بوجود حماية قانونية غير مباشرة، كمحاولة لسد إشكالية خلل وعدم توازن العقد⁽²⁾.

فهذه النظرية تشكل تراجعا بالنسبة للمقولات الفلسفية المؤسسة للمذهب الفردي، التي كانت تعتبر أن كل ما هو عقدي هو عادل، وهذا ما يستلزم إعادة النظر في مفهوم سلطان الإرادة.

وتسري على عقود الخدمات الاستهلاكية كسائر العقود النظرية العامة للالتزامات فيما يخص عيوب الرضا، وعليه يجب أن تكون إرادة المتعاقد مستهلك الخدمة خالية من عيوب الرضا، فإذا ما شاب عقد الخدمة الاستهلاكي أحد عيوب الرضا فإنه يكون قابلا للإبطال، هذا من حيث التصور القانوني الحرفي لتطبيق عيوب الرضا، حيث المراكز

¹ - المختار بن أحمد عطار، النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، 2011، ص 141.

² - العربي الشاذلي، حماية الرضا بين النظرية الكلاسيكية والحديثة في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 1999/1998، ص 95.

القانونية لأطراف العقد متساوية، أما في حالة عدم تكافؤ أطراف العقد، كيف يمكن استثمار آليات عيوب الرضا في تحقيق التوازن العقدي لحماية المستهلك الطرف الضعيف، وبطريقة أخرى نتساءل عن مدى نجاعة الاقتصار على نظرية عيوب الرضا في إعادة التوازن لمثل هذه العقود ومن بينها عقود الخدمات الاستهلاكية؟ وسنتناول تباعا لبعض عيوب الرضا للخروج بموقف يؤكد الطرح السالف الذكر أو ينفيه.

أولا: الغلط

نشير إلى أن المشرع المغربي عالج نظرية الغلط في الفصول من 40 إلى 45 ق.ل.ع، بعدما أشار في الفصل 39 منه على أنه: "يكون قابلا للإبطال الرضا الصادر عن غلط أو الناتج عن تدليس أو المشرع بإكراه".

وقد عرض ق.ل.ع لحالة الغلط في القانون، ثم لحالات الغلط في الواقع، وحالة الغلط في شخص المتعاقد، وحالة الغلط في الحساب، ثم أخيرا لحالة الغلط الذي يقع من الوسيط.

وقد عرف الغلط بأنه وهم يقوم في ذهن المتعاقد بصدد أمر يتصل بالعقد، فيصوره له على غير حقيقته، ويكون هو الدافع إلى التعاقد، بحيث لو لم يقع في هذا الغلط لما كان أبرم العقد، أي أن الغلط وهم تلقائي يقوم في ذهن المتعاقد نفسه دون أن يكون للمتعاقد الثاني يد فيه⁽¹⁾.

كما عرف بعض الفقه العربي⁽²⁾ الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها، والغلط بهذا المفهوم يشكل عيبا في الرضا يحق لمن وقع فيه طلب إبطال العقد استنادا إليه طبقا للمواد من 40 إلى 45 ق.ل.ع.

¹ - المختار بن أحمد عطار، النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي، مرجع سابق، ص 141.
² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بدون ذكر سنة الطبع، ص 289.

ولما كانت العقود النمطية والنموذجية شديدة التعقيد، وصعبة الفهم بالنسبة للشخص العادي، الذي لا يلم ولو بشكل مبسط بالثقافة القانونية، فإنه من السهل أن نتوقع وقوع بعض المتعاملين في الغلط بشأنها، وهو ما يثير التساؤل حول مدى جدوى التمسك بالغلط لإعادة التوازن إلى تلك العقود⁽¹⁾؟.

ليس من السهل القول بالإيجاب، خاصة وأن تحقيق التوازن في العقد مطمع مثالي، ناهيك عن أن الغلط لا يخول إبطال الالتزام، إلا إذا وقع في النوع أو في صفة جوهرية، ومن ثم فإن التوسع في ادعاء الغلط وهدم التصرف القانوني، من شأنه الإخلال باستقرار التعامل بالعقد⁽²⁾.

وحتى يعتد بالغلط لابد أن يكون مما يعذر عنه، أي أن لا يكون الغلط جسيما لا يمكن التسامح بشأنه، وأن يكون المتعاقد الذي وقع فيه معذورا في ذلك، بمعنى أن يوجد في ظروف الحال ما يبرر وقوعه.

والمستهلك باعتباره شخصا عديم الخبرة والكفاءة، من السهل عليه أن يقع في الغلط بشأن عقد يصعب عليه فهم بنوده وإدراك محتواها، وهذا الغلط قد يقع فيه أي شخص عادي وجد في نفس ظروف المستهلك من حيث عدم الدراية والخبرة وقلة المعرفة القانونية والحاجة الملحة للخدمة.

غير أن الغلط الذي يعتد به والذي يعتبر عيبا للرضا حسب القواعد العامة، ليس أي غلط وكيفما كانت درجته وإنما ضرورة توفر شروط، هذه الشروط تضمن حسب بعض الفقه⁽³⁾ العدالة وحماية المتعاقد والاستقرار الذي يفضل البقاء على التصرف القانوني قائما.

وعليه حتى يمكن اعتماد الغلط كسبب للإبطال في العقود، لابد من توفر الشرطين هما:

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق، ص 70.

² - العربي مياد، إشكالية التراخي في عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 607.

³ - Helène Bricks, Clauses abusives, op.cit, p 184.

الشرط الأول: أن يكون الغلط في صفة جوهرية في الشيء سلعة أو خدمة محل العقد، وهو ما نصت عليه المادتين 41⁽¹⁾ و 42⁽²⁾ من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

الشرط الثاني: ألا يكون الغلط فادحا وغير ممكن العذر عنه، أي أن لا يكون الغلط جسيما ولا يمكن التسامح بشأنه، وأن يكون المتعاقد الذي وقع فيه معذورا في ذلك، بمعنى أن يوجد في ظروف الحال ما يبرر وقوعه فيه.

وبمراعاة توفر الشرط الأول يصعب على المستهلك التمسك بالغلط لاستبعاد الشروط التعسفية من العقد، لأن الغلط الذي يعيب الرضا ويؤدي إلى إبطال العقد، هو الغلط الواقع في صفة جوهرية من صفات الشيء محل التعاقد.

وبالتالي فإن مجرد غلطات الحساب لا تكون سببا للفسخ وإنما يجب تصحيحها، كما هو الحال بالنسبة لخطأ في حساب في عقد خدمة بنكية حيث جاء في قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2005/7/13 "أن أغلاط الحساب القابلة للتصحيح حسب مفهوم الفصل 43 من قانون الالتزامات والعقود المغربي هي تلك الظاهر خطأها من خلال مقارنتها بأرقام أخرى ثابتة في العقد، أو في ورقة أخرى معترف بها، أما سعر الفائدة المتفق عليه عقدا فلا يمكن إخضاعه للتصحيح تحت ستار غلط في الحساب"⁽³⁾.

ونظرية الغلط كانت ستكون أكثر فائدة للمتعاقد المستهلك، إذا كان هذا العيب الغلط في الصفة (الجوهرية) يخول الإبطال لمجرد وقوعه على شرط يتعلق بعنصر مهم في العقد، وليس بالضرورة أن ينصب على صفة الشيء الجوهرية⁽⁴⁾، أما وأن الغلط الذي يعتد به هو الذي يقع على الشيء نفسه أو صفة جوهرية فيه لا الذي يقع على شرط من

¹ - نصت المادة 41 من ق.ل.ع.م، "يخول الغلط الإبطال إذا وقع في ذات الشيء... أو في صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى التعاقد".

² - نص الفصل 42 من ق.ل.ع.م " الغلط الواقع على شخص أحد المتعاقدين أو صفته لا يخول الفسخ إلا إذا كان هذا الشخص أو هذه الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى صدور الرضا من المتعاقد الآخر".

³ - ملف عدد 819 في الملف التجاري عدد 04/688، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 64 و 65، ص 276 وما يليها.

⁴ - Bricks (H) : Les clauses abusives, op,cit, p186.

شروط العقد، فإن ذلك يؤدي إلى قصور نظرية الغلط في حماية المستهلك ضد الشروط التعسفية، نظرا لصعوبة إثبات المستهلك وقوعه في غلط جوهري دفعه إلى التعاقد، وحتى إذا تمكن من إثبات ذلك فإن القضاء غالبا ما يطالب المهني بالتعويض عنه بدل التصريح بإبطال العقد⁽¹⁾.

وبخلاف القضاء المغربي فإن نظيره الفرنسي، عمل على التوسع في تفسير المادة 1110 مدني المقابلة للفصل 41 من ق.ل.ع.م بما من شأنه حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 18 يوليو 1958 بإبطال عقد قرض مؤجل، لكون المقترض وقع في غلط عندما اعتقد بأن القرض يدفع فور التعاقد⁽²⁾، وفي قرار لها بتاريخ 15 فبراير 1950 ذهبت فيه إلى أن عدم إظهار الشرط الذي ينص على عدم إمكان الاستفادة من القرض إلا بعد مرور عدة سنوات في مكان متميز من العقد، فإن الشركة المقرضة تكون قد أوقعت عميلها في غلط جوهري متعلق بأحد شروط العقد الأساسية⁽³⁾.

ومن أجل توسيع دائرة الحماية للمستهلكين، فإن محكمة النقض الفرنسية بدأت تتوسع مؤخرا في تقرير أنواع الغلط القابل للإبطال، ففي قرار لها بتاريخ 17 مارس 1987 قضت بحماية المتعاقد الذي وقع في غلط بالنسبة لشرط متعلق بعدم الضمان، وكل ذلك بخلاف القضاء المغربي الذي ظل وفيما لروح الفصول المنظمة للغلط، دون أن يتمكن من التوسع في تفسيرها، بما يخوله حماية الطرف الضعيف ويساير المتغيرات التي عرفت وتعرفها المعاملات، وبالرغم من التوسع الذي قام به القضاء الفرنسي في نظرية الغلط محاولة منه لتحقيق قدر من التوازن، في ظل انتشار الشروط التعسفية والعقود النمطية بما يمكنه أن يؤدي إلى حماية إرادة المستهلك، فإن هذه النظرية تظل

¹ - حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في حكم لها بتاريخ 13 نونبر 1930 أن مجرد الاختلاف البسيط لا يمكن الدفع فيه حيث اعتبرت أن الغلط في القيمة لا يشكل عيب لإرادة المتعاقد، أورده عبد الرحمن الشرقاوي، دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي، مرجع سابق، ص 10.

² - أورده عبد الرحمن الشرقاوي، القانون المدني، دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الجزء الأول "التصرف القانوني"، الطبعة الأولى، 2012، ص 156.

³ - Helène Bricks, les clauses, abusives, op.cit, p185.

قاصرة على أن تكون الوسيلة الفعالة في هذا المجال، خصوصا لما يترتب عن إعمالها من إبطال للعقد، وليس مجرد استبعاد الشروط التعسفية مع الإبقاء على وجوده⁽¹⁾، وهكذا يرى بعض الباحثين المغاربة أن العيب ليس في النص القانوني الذي يحتمل عدة حلول خاصة في المادة المدنية، وإنما في القاضي يسهر على تطبيقه، ويقف على حرفيته مبتعدا كل الابتعاد عن كل اجتهاد، وإيجاد الحلول ليحقق بذلك الغاية التي وجد من أجلها النص القانوني، فما الغاية من النص على الغلط إذا كان تطبيقه يبقى في حالة سكون ويتسم بالتعقيد تحت ستار وذريعة مبدأ سلطان الإرادة، متشددا في ضرورة توفر الشروط المنصوص عليها قانونا للقول بوجود عيب الغلط⁽²⁾، غير أننا لا نساير هذا التوجه في مجمله لأن التوسع في إعمال قواعد الغلط للوصول إلى التوازن العقدي من طرف القضاء، ليس مرتبط فقط بمدى جراءة القضاء وقدرته على الخلق والإبداع، وإنما مرتبط أيضا بالفلسفة القانونية، أو بالأحرى السياق القانوني التاريخي الذي بنيت عليه نظرية الغلط، وهو وجود معاملة متكافئة بين طرفي العقد والتميزة بحضور مبدأ المفاوضة والمساومة والتراضي المباشر، لكننا نرى أن طبيعة الغلط في عقود الاستهلاك الإذعانية والنموذجية لا يرجع إلى التوهم، وإنما يكون العقد قد صيغ بشكل واضح، كما أن الغلط في ذات الشخص المتعاقد معه غير وارد مادام أن العقد الاستهلاكي الخدماتي في الغالب يكون مع مورد مقولة أو شركة، كما أن طبيعة الخدمة تكون موجهة للعموم، إلا أن الغلط يكون ذو طابع تقني يتطلب الخبرة في المجال كما هو الحال في احتساب الفوائد في القروض الاستهلاكية، وهذا يستوجب تدخلا تشريعيًا للتذليل من خطورته ولحماية المستهلك من الغلط ومن بوابة حماية النظام العام الاقتصادي، من خلال فرض الالتزام بالإعلام على المورد لفائدة المستهلك، مع سهر المشرع على التدقيق في مجموعة من الأمور التقنية الواجب التقيد بها من طرف المورد مقدم الخدمة لتفادي وقوع المستهلك في الغلط، وكذلك أن إثبات الوقوع في الغلط يقع على عاتق المستهلك، فمتى يتمكن المستهلك من التمسك بالغلط وعليه إثبات وقوعه في غلط جوهري دفعه إلى

¹ - في نفس الرأي ذهب كل من الأستاذ الباحث المغربي عبد الرحمن الشرقاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 157، وكذلك حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ، مرجع سابق، ص 70.

² - غيثة زكراوي، حدود حماية المستهلك من الشرط التعسفي، مرجع سابق، ص 130.

التعاقد⁽¹⁾، وهذا من الأمور النفسية التي يصعب إثباتها، مما يضيق من إبطال العقد للغلط.

إن الغلط كعيب في الرضا يؤدي عند ثبوته إلى إبطال العقد في مجموعه، في حين أن غلط المستهلك قد ينصب على شرط في العقد فقط وأن غايته في التمسك به هي استبعاد الشرط التعسفي والإبقاء على العقد نظرا لحاجة المستهلك للخدمة موضوع التعاقد، صحيح أنه في بعض الحالات يهدف المضرور إلى التحلل من العقد نهائيا وذلك عندما ينصب الغلط على طبيعة العقد في حد ذاته أو على الشيء محله، ولكن في حالات كثيرة قد لا يريد إبطال العقد وإنما فقط التحلل من الشرط الذي وقع فيه الغلط، وهذه النتيجة صعبة التحقق مع نظرية الغلط لأنه إذا تحقق الغلط تعيبت الإرادة وأصبح العقد في مجموعه قابلا للإبطال⁽²⁾.

وهكذا يتبين لنا أن الغلط كعيب في الرضا، يعتبر وسيلة لا يستهان بها لحماية المستهلك أو الطرف الضعيف في العقد، لكن عندما يتعلق الأمر بتحقيق التوازن العقدي، من خلال مواجهة البنود التعسفية، فإن التمسك بهذا العيب وإن كان يعتبر سلاحا نافعا في بعض الأحيان، فإن استعماله صعب كما أن جزاءه لا يتناسب والغاية من الاستناد عليه في هذا المجال.

إن جزاء الغلط المتمثل في الإبطال ليس دائما هو الحل الذي يبتغيه المستهلك الضحية، وإنما استمرار العقد مع رفع الاختلال أو تعويض مالي لما لحق المتعاقد من تعسف، وهذا قد يتأتى في الطبيعة الخاصة للتدليس التي تساعد على إيجاد هذا التوازن الذي يرغبه المتعاقد.

¹ - Karimi (A), Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit , LGDJ 2001, p 172.

² - نزهة الخدي، مرجع سابق، ص 164

ثانيا: التدليس عن طريق الكتمان

يقصد بالتدليس استعمال وسائل احتيالية بطريقة غير مشروعة، من أجل تضليل وحمل الطرف الآخر على التعاقد⁽¹⁾، والتدليس مظهر من مظاهر عدم الأمانة يؤدي إلى تغليب المتعاقد الآخر، مما يدفعه إلى التوقيع على العقد تحت تأثير ذلك⁽²⁾.

وقد نظمته المشرع المغربي في فصلين اثنين هما الفصل 52 و53 ق.ل.ع.م، دون تعريف له، وترك هذه المهمة للفقهاء الذي عرفه بأنه استعمال خديعة توقع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد⁽³⁾، والتدليس لا يكون مؤثرا في العقد، إلا إذا تضمن حيلة تدليسية من طرف المتعاقد الآخر، ويكون التدليس هو الدافع لقبول العقد، فهو إذن غلط مستثار يؤدي متى توفرت عناصره إلى إبطال العقد، وما يتميز به عن غيره من العيوب أنه يتسع للعديد من حالات الاختلال⁽⁴⁾.

وقد عرفه القضاء المغربي في قرار لمحكمة النقض بتاريخ 1986/10/8 بأنه عيب من عيوب الرضا طبقا للفصل 52 من ق.ل.ع.م يجعل العقد الذي يعتريه قابلا للإبطال، وهو يتمثل في استعمال التضليل من متعاقد مع آخر حتى يعتقد ما يخالف الحقيقة ويقدم على التعاقد معه، وتنصب تلك الحيل ووسائل التضليل على الشيء المبيع أو شخص المتعاقد⁽⁵⁾.

وما يمكن استخلاصه من هذه التعاريف ومن الفصلين 52 و53 ق.ل.ع.م، أن المشرع المغربي وضع مجموعة من العناصر لتحقيق التدليس، وبالتالي إمكانية إبطال القاضي للعقد، وتتمثل في الشروط التالية:

¹ - العربي مياد، إشكالية التراضي في عقود الإذعان الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 612.

² - يوسف الزوجال، المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات عقد التأمين نموذجا، مرجع سابق، ص 120.

³ - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، مصادر الالتزام، نشر دار القلم، بيروت، 1973، ص 98.

⁴ - عرعارة عسالي، التوازن العقدي، مرجع سابق، ص 57.

⁵ - قرار محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) بتاريخ 1986/10/8، تحت عدد 2240، في الملف المدني عدد 95827، منشور بمجلة المحامي، عدد 9، ص 75 وما يليها.

الشرط الأول: استعمال طرق احتيالية بقصد تضليل المتعاقد الآخر، والذي يظهر من هذا الشرط أنه يتكون من عنصرين الأول مادي يتمثل في مجموعة من الوسائل والأساليب التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين للتضليل بالآخر، وقد مثل الفصل 52 ق.ل.ع.م بالحيل والكتمان ولا يشر إلى الكذب، بالرغم من أنه أخطر من الكتمان⁽¹⁾.

غير أنه من المتفق عليه أنه متى كان مألوفاً تأباه المعاملات الجاري بها العمل، فإنه لا يستوجب الإبطال، أما العنصر الثاني فهو معنوي، ويقصد به أن تتصرف نية المدلس إلى تضليل المتعاقد معه، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 15 يوليوز 1965 بأن مجرد الكتمان لا يترتب عنه بطلان التأمين الذي يستدعي عدم الضمان بل لابد من سوء نية المؤمن له، فسوء النية لا يفترض وأن عبئ إثبات سوء النية إنما يقع على من يدعيه⁽²⁾.

الشرط الثاني: أن يتم ارتكاب التدليس من طرف أحد المتعاقدين أو من يعمل بالتواطؤ معه.

ليبقى التساؤل عن الدور الذي يستطيع القاضي القيام به بالاعتماد على نظرية التدليس، لتحقيق التوازن العقدي بين التزامات المتعاقدين، وبالتبعية المساهمة في تحقيق الأمن التعاقدي لمستهلك الخدمات؟ أو بصيغة أخرى كيف يمكن توظيف نظرية التدليس بمفهومه التقليدي لحماية المستهلك من اللاتوازن العقدي الناتج عن البنود التعسفية فبالإضافة إلى صعوبة إثبات المستهلك وجود تدليس، حيث إن المهني نادراً ما يلجأ إلى الوسائل الاحتياطية لفرض شروطه التعسفية لأن احتكاره للخدمة محل العقد كاف لإرغام المستهلك على التعاقد بالشروط التي يريدها.

وبالرجوع للقضاء الفرنسي فإننا نجد أنه استطاع فعلاً أن يحقق قدراً مهماً من التوازن، فبعد أن تمسك ولمدة طويلة بعدم اعتبار السكوت وسيلة من الوسائل الاحتياطية، نراه قد غير موقفه ابتداء من سنة 1958 وذلك بصدور قرار محكمة النقض الفرنسية

¹ - Ghestin (J) : La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, 1971, p 247.

² - أورده عبد الرحمن الشرقاوي، دور القضاء في التوازن العقدي، مرجع سابق، ص 14.

بتاريخ 19 ماي 1958⁽¹⁾ الذي جاء بمبدأ عام يقضي بأن التدليس يمكن أن ينشأ بمجرد سكوت أحد الطرفين عن الإدلاء للطرف الآخر بواقعة لو علمها لامتنع عن التعاقد، حيث أدانت المحكمة في هذا القرار، بائع السيارة وقضت بإبطال عقد البيع لعدم إفصاح البائع للمشتري بواقعة الحجز عليها⁽²⁾.

ومنذ ذلك الوقت والقضاء الفرنسي يعتبر الكتمان عيبا للرضا، وأن المتعاقد ملزم بالإعلام وإن كان التدليس يجب إثباته حسب نص المادة 2/1116 من القانون الفرنسي فإن البائع المحترف يقع عليه عبء إثبات قيامه بواجب الإعلام⁽³⁾.

ويؤكد بعض الفقه أن عيب التدليس أكثر عيوب الإرادة تحقيقا لحماية الطرف الأقل كفاءة أو خبرة، إذ أن واجب الإعلام بهذا التزام عام في جميع العقود بقطع النظر عن نوعية الأطراف والسند في هذا اعتبار السكوت تدليسا، وهذا دليل عن إلزامية الإعلام ومختلف التشريعات تدعم هذه الفكرة بالعديد من النصوص تجعل الأمانة واجبا عاما في التعاقد والإعلام⁽⁴⁾.

وهنا يجب لفت الانتباه إلى المخاطر المنجرة عن التعاقد، سواء تعلق منها بالشيء المتعاقد فيه نفسه، أو النتائج الاقتصادية للعملية التعاقدية كأن تكون باهظة، فاعتبار الكتمان تدليس يتماشى مع الفلسفة الحديثة في التعاقد، إذ ينبغي أن نبتعد عن الأنانية المفرطة والإساءة في التعاقد من كل ما حول العلاقة التعاقدية⁽⁵⁾، والتدليس بكل أنواع الحيل يعد الصورة الأوضح لسوء النية، ولما لم يكن يوجد نص صريح يحث على الالتزام بالإعلام فإن القضاء الفرنسي لم يمانع من اعتبار السكوت أو الكتمان تدليسا

¹ - حيث حسم القرار الجدل الذي أثاره تطبيق الفصل 1116 من القانون المدني، حيث اشترطت لقيام التدليس، استخدام وسائل احتيالية تكون دافعة إلى التعاقد دون أن تصرح باعتبار السكوت أو الكتمان أحد هذه الوسائل، حيث قضت بأن السكوت في صورة الكتاب يمكن أن يكون فعلا تدليسيا.

² - Ghestin (J), Traité de droit civil, le contrat, L.G.D.J, 1980, p 430.

³ - Bull. Civ n° 71, éd 2000, p.788.

⁴ - Ghestin J. Formation de contrat, op.cit, p 1093-1100.

⁵ - le vendeur professionnel est tenu d'une obligation de renseignement à l'égard de son client est il lui incombe de prouver qu'il a exécuté son obligation, Cass Civ 1^{ère} 15 mai 2002. Bull. Civ n° 132, JCP.2002, n 1 obs. Lobarthe (F), plus de detail voir : Malaurie (Ph). Laurent (A), les obligationsIS, 2^{ème} Edition, op.cit, p 252.

(Dol) ، وهذا ما يجعل عدم الإفصاح أو الإعلام يستتبعه قبول دعوى الإبطال لعيب في الرضا، هذا الاتجاه يؤسس لتضامن تعاقدية، يؤدي إلى توازن فعلي وحقيقي بين المتعاقدين.

ويعتبر الاعتراف بإمكان وقوع التدليس بالكتمان، أمرا شديدا الأهمية بالنسبة لحماية المستهلك ضد الشروط التعسفية، فالعقود المحررة مسبقا غالبا ما تحتوي على هذا النوع من الشروط، فتكون مكتوبة بخط غير مقروء، وفي ظهر العقد المطبوع بين قائمة طويلة من الشروط، بحيث يصعب على الشخص العادي قراءتها وفهماها⁽¹⁾.

أما في التشريع المغربي فقد أحسن المشرع المغربي صنعا عندما كرس الكتمان كنوع من أنواع التدليس، ولو بدون أفعال مادية أو وسائل احتيالية طبقا للفصل 52 من قانون الالتزامات والعقود، وذلك بخلاف المشرع الفرنسي الذي اشترط في المادة 1137⁽²⁾ من القانون المدني لقيام التدليس، استخدام وسائل احتيالية يكون دافعة إلى التعاقد، دون أن يعتبر السكوت أو الكتمان أحد هذه الوسائل⁽³⁾، أما المشرع المصري فقد أخذ هو الآخر بالكتمان التدليسي، بموجب المادة 125 من القانون المدني⁽⁴⁾، ويبقى التدليس عن طريق الكتمان الأكثر فاعلية في مجال حماية المستهلك الخدمة، خاصة إذا ما تم تطوير مفهومه كما حدث في فرنسا التي أسس قضاؤها مبدأ، مفاده أن التدليس يتحقق عن طريق سكوت أحد المتعاقدين عن فعل، لو أن الطرف الآخر علم به لعزف عن التعاقد⁽⁵⁾.

¹ - نزهة الخلدي، مرجع سابق، ص 167.

² - L'article 1138 du code civil dispose que : " le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une informations dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ".

³ - غيثة ذكراوي، مرجع سابق، ص 134.

⁴ - حيث نصت المادة 125 من القانون المدني المصري على أنه: " يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعا أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بكل الواقعة أو هذه الملابسة".

⁵ - حسن الوزاني التهامي، دور القضاء التجاري في حماية المستهلك، مجلة طنطيس للقانون والاقتصاد، عدد 8، طنجة، 2009، ص 162.

كما أن القضاء الفرنسي سمح للمدلس عليه بإمكانية التمسك بالإبطال، حينما يتعلق التدليس بمجرد شرط من شروط التعاقد، بدون أن يربطه بانعقاد العقد ذاته، والأكثر من ذلك فقد منح للمدلس عليه إمكانية المطالبة إما بإبطال العقد، أو قبول عرض المدلس بتخفيض الثمن عوض الإبطال، وهو غالبا ما يسعى إليه الطرف الضعيف، الذي لن يجديه نفعا انهيار العقد في ظل الحاجة إلى الخدمة أو السلعة، وازدياد ظاهرة الاحتكار بمختلف صورته⁽¹⁾.

ومهما قيل بخصوص الدور الذي يستطيع أن يلعبه القاضي بمقتضى نظرية التدليس بسبب الصلاحيات التي يخولها إياه القانون، من خلال منح المتعاقد دعوى الإبطال مع دعوى التعويض، بالإضافة لسهولة إثبات الطرق الاحتيالية، فإنه بالرغم من ذلك تبقى ذات فعالية محدودة فalcضاء لا يحكم بالكتمان إلا استثناء.

وكذلك أن التمسك بنظرية التدليس أثبت عدم جدواها، والسبب في ذلك كما يرى بعض الفقه⁽²⁾ أن التدليس لا ينهض سببا لإبطال العقد ما لم يتخذ وسائل احتيالية وفق الفصل 52 من ق.ل.ع.م، توقع المتعاقد معه في غلط يدفعه إلى التعاقد وهي وسائل أصبحت متجاوزة، ولا تتصور إلا في المعاملات الفردية المحدودة، ونحن بصدد مناقشة الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات، فإننا لا نتوقع تدليسا في الصيغ الجديدة للتعاقد بين مورد شركة أو مقولة، حيث هيمنة العقود النموذجية ويتولى إعدادها مسبقا متخصصون يتمتعون بالتفوق الاقتصادي والكفاءة الفنية، كما هو الحال بالنسبة لخدمات إصدار البطاقة البنكية من طرف المؤسسات البنكية، حيث لا تسلم في الغالب من شروط قد تبدو وفقا للقواعد العامة شروطا عادية لا تنال من سلامة الرضا ولكنها في حقيقتها مجحفة ظالمة ترهق المتعاقد حامل البطاقة البنكية⁽³⁾.

¹ - عبد الرحمن الشرقاوي، دور القضاء في التوازن العقدي، مرجع سابق، ص 14 و15، وأيضا: غيثة ذكراوي، الأطروحة، مرجع سابق، ص 135.

² - الحسين بلحساني، الالتزام بتبصير المستهلك بين قواعد الأخلاق ومقتضيات القانون، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، العدد 1، طنجة، 2001، ص 47.

³ - ضياء علي أحمد نعمان، مرجع سابق، ص 49.

وفي نفس السياق نشير إلى أن نظرية التدليس لا يمكن أن توفر حماية فعالة لحامل البطاقة البنكية، نظرا لصعوبة إثبات التدليس إضافة إلى ذلك إذا قام مصدر البطاقة بالتتويه بالخدمات التي تقدمها البطاقة البنكية، فلا يكفي ذلك لقيام التدليس طالما كان في حدود المألوف في المعاملات التجارية، كما أن اشتراط قيام التدليس يقتضي استعمال مصدر البطاقة البنكية لطرق احتيالية، لولاها لما أبرم حامل البطاقة العقد مما يترتب عليه من اشتراط سوء نية مصدر البطاقة، يؤدي إلى قصور نظرية التدليس عن توفير حماية فعالة للحامل عند لجوء مصدر البطاقة بحسن نية إلى الإعلان عن خدماته، ووقع الكذب والتضليل لخطأ مادي أو لإهمال أو لعدم فحص الإعلانات قبل نشرها.

كما يرى بعض الفقه العربي أن جزاء التدليس هو إبطال العقد لمصلحة المدلس عليه، وهذا لا يتناسب مع ما تكبده هذا الأخير من وقت وجهد ونفقات في رفع الدعوى، ومع ما قابله من عقبات إجرائية نفسية⁽¹⁾، وأخيرا أن الاعتماد على وسيلة الإبطال لإنهاء العقد المتضمن شرطا تعسفيا بناء على نظرية التدليس، قد لا يكون جزاء فعالا لحماية المستهلك الخدمة الذي عيبت إرادته، حيث يكون في مصلحته الإبقاء على العقد كوسيلة للاستفادة من الخدمة، كما هو الحال بالنسبة لعقد البطاقة البنكية، حيث أن إبطال هذا العقد يكون من آثاره حرمان المستهلك من خدمات البطاقة⁽²⁾، وبالتالي فمن مصلحة حامل البطاقة إلغاء البند التعسفي مع البقاء على عقد الحامل، فالبنود التعسفية تعتبر باطلة من دون العقد الذي يتضمنها وذلك وفقا لأحكام الإبطال في القواعد العامة.

وفي الأخير فإن بناء عقد متوازن يتطلب تطوير قواعد عيوب الرضا تشريعا وقضائيا، مراعاة للتحويلات الاقتصادية والتقنية للتعاقد، وكذلك الأمر بالنسبة للإكراه، فإن المتعاقد المستهلك الذي يتعاقد تحت وطأة ظروف صعبة، وهو مكره يؤدي حتما إلى اختلال في التوازن، فما مدى اتساع دائرة الإكراه لفكرة التوازن العقدي؟ وهل من شأن تطبيق قواعد الإكراه كما هي منظمة المساعدة في تحقيق الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات؟

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق، ص 83.

² - ضياء علي أحمد نعمان، مرجع سابق، ص 49.

ثالثاً: تطبيق عيب الإكراه

عرف المشرع المغربي الإكراه في الفصل 46 من ق.ل.ع.م على أنه: "إجبار مباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطة شخص آخر على أن يعمل عملاً بدون رضاه"، وقد حدد الفصل 47 من ق.ل.ع. شروط الإكراه فيما يلي:

- استعمال وسائل لتهديد المكره.
 - استعمال وسائل تبعث الرهبة في النفس وتكون دافعة إلى التعاقد.
 - أن يكون الإكراه يرمي تحقيق غرض غير مشروع.
- ويمتد نطاق الإكراه، إلى الإكراه الجسدي المادي والإكراه النفسي هذين النوعين اللذان يفسدان الرضا ويجعل العقد قابلاً للإبطال.

فالإكراه بهذا المعنى يصيب الإرادة في أحد عناصرها وهو عنصر الحرية والاختيار، والمستهلك عندما ينضم لعقد استهلاك الخدمة، فإن التعبير عن إرادته لا يتجاوز قبوله لهذا العقد ولمحتواه دون إمكانية مناقشة بنوده والتحاور بشأنها، فهو إما أن يقبل التعاقد أو يرفضه جملة ولا يستطيع إلا أن يقبل العرض، لأنه إذا رفضه سيحرم من الانتفاع بالخدمة، خصوصاً وأن الطرف مقدم الخدمة قد يكون محتكراً للخدمة في هذا المجال، كما أن الشروط التعسفية التي يتلقاها طالب الخدمة في تعامله مع أحد مقدمي الخدمات تتكرر في جميع العقود الأخرى⁽¹⁾ النموذجية.

إن الإكراه الذي يتعرض له المستهلك عند توقيعه على عقد جاهز هو إكراه معنوي ذو طبيعة خاصة، إنه إكراه خفي ونادر ما يكون مادياً إنه اضطرار إلى التعاقد تحت تأثير الحاجة الملحة إلى الخدمة، والإكراه هنا ليس من فعل الإنسان إنما هو نتاج الحاجة الاقتصادية والاجتماعية للخدمة محل التعاقد⁽²⁾.

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 62.

² - Karimi (A) op.cit, p 176.

كما أن هناك من استبعد تصور حدوث الإكراه في هذا النمط من التعاقد، وإن كان محتمل الوقوع فإن احتماله نادرا جدا⁽¹⁾، إلا أن البعض يذهب إلى أن المجال الخصب للإكراه يكون في نطاق عملية التبعية الاقتصادية، أي بمعنى أن يكره المستخدم على التعاقد تحت ضغط سيطرة المورد مقدم الخدمة على تقديم هذا النوع من الخدمة، أي أن المستخدم هنا لا سبيل أمامه إلا التعاقد نظرا لانفراد مقدم الخدمة بها إلا أنه بصدد مفهوم جديد للإكراه وهو الإكراه الاقتصادي، وفي هذا الإطار ظهر اتجاهان:

- الاتجاه الأول، وهو الذي أخذ به المشرع والقضاء المغربي والذي ظل حبيس النظرية التقليدية للإكراه، يرى بعدم عد مثل هذه الضغوط التي يتعرض لها الشخص من جانب مقدم الخدمة، من قبيل الإكراه الذي يؤدي إلى تعيب الإرادة، وبالتالي يسمح بنقض العقد، لأن عده إكراها حسب هذا التصور قد يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات وزعزعة العلاقات بين الأشخاص⁽²⁾.

- أما التوجه الثاني، فيذهب إلى أن اضطراب الشخص إلى التعاقد بالشروط التي يفرضها مقدم الخدمة، يمكن تكييفه بأنه إكراه معيب للإرادة، ويكون ذلك في حالة التبعية الاقتصادية وعدم المساواة من الناحية الاقتصادية، وهو ما يطلق عليه بالإكراه الاقتصادي *Violence économique* والذي أسسه الاجتهاد القضائي الفرنسي⁽³⁾.

حيث أن مجارة الاجتهاد القضائي لواقع العلاقات التعاقدية تجسد بصورة صريحة في إعلان قصور جديد لعيب الإكراه، وهو عيب الإكراه الاقتصادي الذي عكس التفاوت الاقتصادي بين المتعاقدين، وعكس أيضا الضغط والتعسف الملاحظ من جانب الطرف الأكثر قوة في العقد، مع أنه في بداية الأمر سجلت عدة متابعات لوحظت عبر الاجتهاد

¹ - صدام برن رحيمة الساعدي، الحماية المدنية لمستخدمي شبكة الهواتف النقالة، مرجع سابق، ص 118.

² - حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 62.

³ - Ghestin (J) : L'abus dans les contrats, Gazette de palais, 1981, p 380.

القضائي من أجل ملاحقة عدم التوازن العقدي من خلال استعمال نماذج قانونية، كحسن النية السبب التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾.

ويقوم التصور الحديث للإكراه على أنه إذا أدت الاستفادة من الوضع السيئ للمتعاقد إلى شروط مجحفة تضمنها العقد، أي اختلال موضوعي مفرط بين أداءات الأطراف والتي لا يمكن قبولها في ظروف عادية، فإن رضا المتعاقد فاسد بسبب الإكراه، وبالتالي فحماية التوازن العقدي بحماية الرضا آلية من آليات التوازن وهذا الإكراه الخارجي هو حالة الضرورة هي نوع من الإكراه الاقتصادي.

وفي هذا الإطار يعتبر إكراها الاستفادة من وضع التبعية الاقتصادية، والذي يتم بغرض الحصول على فائدة أو مغنم من جراء الخشية من أدى أو ضرر يهدد المصالح المشروعة للشخص بشكل مباشر، كلما تعلق الأمر بعقد تنازل عن حقوق المؤلف من طرف سيدة تعمل في دار النشر، كانت قد ألقت قاموساً للأطفال إذ تنازلت على حقوق المؤلف لصاحب دار النشر تحت تأثير التهديد بالفصل من العمل، فرأت محكمة النقض الفرنسية أن رفض العاملة التنازل عن حقوق التأليف من شأنه إضعاف وضعها بالضرورة وذلك بالنظر للخطر المتمثل في تعرضها الحقيقي والجاد للفصل من العمل، وعدم اعتبار محكمة الاستئناف ذلك إكراها فهي بذلك لم تعطي أساساً لحكمها حينما لم تتحقق من أنه في أثناء تنازل العاملة كانت هي نفسها مهددة من خطر التسريح وبالتالي رب العمل يتحصل على مغنم أي فائدة من الخشية *la crainte* من تعرضها لأذى يهدد مصالحها المشروعة بشكل مباشر⁽²⁾.

إن هذا القرار يؤسس إلى مفهوم حديث وتصور جديد لمفهوم الإكراه، الوارد سواء في نصوص القانون الفرنسي الوارد في المادة 1112 عن طريق دمج مفهوم التعسف للتبعية الاقتصادية، ويعتبر بأن تصور التبعية الاقتصادية يعتبر أداة فعالة ترجمت في النظام التعاقدية⁽³⁾، وخاصة بعد صدور قرار محكمة النقض بتاريخ 3 أبريل 2002⁽¹⁾،

¹ - Montels. (B), La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, RTD. Com. N 12, 3.2002.p.111

² - أوردته عرارة عسالي، مرجع سابق، ص 63.

³ - Montels. B. Ibid n° 6.p.135

والحسم مسألة الأخذ بفكرة الإكراه الاقتصادي، حيث اعتبره استغلال تعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية، من أجل الاستفادة من الخوف الذي يهدد مباشرة المصالح المشروعة للشخص الذي شاب رضاه عيب الإكراه.

وبناء على هذا القرار نادى العديد من الفقه⁽²⁾ بتكريس عيب الإكراه الاقتصادي، والاهتمام أكثر بوضعيات التبعية الاقتصادية في العلاقات التعاقدية، وقد كان من نتائج قرار محكمة النقض السالف ذكره ومطالب الفقه الفرنسي، أن بادر المشرع الفرنسي إلى تكريس عيب الإكراه الاقتصادي من خلال الأمر بسنه 2016 بمقتضى المادة 1143 ق.م⁽³⁾.

وقد لقيت هذه المادة تنويعها من طرف الفقه الفرنسي، حيث رأى البعض أن المادة الجديدة حول عيب الإكراه، جاءت من أجل تقريب القانون الفرنسي من القوانين الأخرى وأيضا مشاريع الاندماج الأوربي⁽⁴⁾، كما لاحظ البعض الآخر أن هناك تقدم وتطور من خلال إصلاح قانون العقود، والاهتمام بوضعية تعسف المتعاقد في قوته وقدرته التعاقدية⁽⁵⁾.

أما بخصوص شروط تطبيق هذا العيب، فيرى الفقه بأن شروط تطبيق المادة 1143 ق.م، تبقى مفتوحة نسبيا وليست ضيقة، لكون الإكراه هو تعسف الطرف في حالة الضرورة أو التبعية من الطرف الآخر من أجل أخذ تعهدات، ومن جهة أخرى فإن النص لا يحمي كل الأشخاص الضعفاء، بل الأشخاص الموجودين في حالة التبعية، كما جاء في المادة 1143 ق.م.ف، وأيضا لا بد أن يتعسف الطرف القوي في حالة التبعية من أجل أخذ تعهدات من المتعاقد الآخر بصورة أفضلية مفرطة⁽⁶⁾.

¹ - Civ 1ère , 3 avril 2002, n° 00-12-932. Bull, Civ ° 108.

² - Mazeand (D), les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, op.cit, p 139.

³ - Article 1143, dispose : " qu'il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et entre un avantage manifestement excessive ".

⁴ - Claudel, Ibid, p 464.

⁵ - Karimi (A), op.cit, p 175 .

⁶ - Bricks (H), op.cit, p . 274.

وفي الأخير لا يسعنا إلا أن نخلص إلى كون قواعد الإكراه في ظل القواعد العامة لقانون الالتزامات والعقود المغربي، هي أقل عيوب الإرادة نفعا في المساهمة في تحقيق التوازن العقدي، وخاصة في عقود الاستهلاك الخدماتية، لأن المهني لا يرغب المستهلك على التعاقد بتهديده في شخصه أو ماله، وإنما في الغالب ما يسعى إلى إسعاد زبونه بتقديمه له السلع والخدمات التي يرغب فيها، حيث يصبح المستهلك أكثر عرضه للوقوع في الغلط والتدليس منه إلى الإكراه، كما أن عدم النص من طرف المشرع المغربي على فكرة النظام العام الاقتصادي وكذلك عدم وجود جراءة لدى القضاء بإعماله - النظام العام الاقتصادي - لا يحقق الحماية المرجوة من عيب الإكراه في تحقيق التوازن العقدي على غرار القضاء الفرنسي وخاصة في حالة التبعية وحالة الضرورة للمتعاقد مع المهني.

الفقرة الثانية: تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق

تركز نظرية التعسف في استعمال الحق ما جاء في سابقتها، والمقصود من التعسف هو أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له بعوض، أو بغير عوض على وجه يلحق الضرر بغيره، أو يخالف حكمة المشروعية وترتكز هذه النظرية على معيارين⁽¹⁾:

- المعيار الشخصي وينبني على عاملين: قصد الضرر⁽²⁾ والباعث المشروع⁽³⁾.

- المعيار الموضوعي، ويراد به معيار التوازن أو التناسب بين المصالح المتعارضة، التي يقتضيها مبدأ العدل، وينبني هذا المعيار على الضوابط التالية:

- الاختلال بين مصلحتين فرديتين بحيث لا يكون هناك تناسب بينهما إطلاقا.

- وجود الضرر اللاحق بالغير.

¹ - نور الدين حمدون: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة الملحق القضائي، عدد 17، 1986، ص 135.

² - يصعب الكشف عن قصد الضرر، لذلك يستعان بالأمر الظاهرة المادية مثل القرائن... إلخ.

³ - الباعث المشروع: هو ذلك التعسف المناقض لما جاء في التشريع فيما يتعلق بتصرف مأذون حسب الأصل، وهذا المعنى يتحقق في غير الغرض والمصلحة التي شرع من أجلها.

ودون الغوص أكثر في الدراسة المفاهيمية لهذه النظرية، يمكن الرجوع إلى بعض الأبحاث المغربية في الموضوع⁽¹⁾، فإننا سنحاول دراسة الإمكانات المتاحة لتحقيق الأمن التعاقدى في التعاقد الاستهلاكي الخدماتي، بناء على مدخل النظرية التعسف في استعمال الحق، فخلافا لمعظم التشريعات الحديثة التي خصصت لنظرية التعسف في استعمال الحق حيزا مهما في تقنياتها المدنية، فإن المشرع المغربي نراه قد اكتفى بعرض بعض الحالات التي يتحقق فيها التعسف في استعمال الحق من خلال الفصول 91 و 92 و 94 ق.ل.ع.م، وقد ارتبطت في هذه الفصول بالخطأ في المسؤولية التقصيرية⁽²⁾، حيث ينص الفصل 94 من ق.ل.ع.م على أنه: "لا محل للمسؤولية المدنية إذا فعل شخص بغير قصد الإضرار ما ليس له الحق في فعله غير أنه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن يؤدي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير وكان من الممكن تجنب الضرر وإزالته من غير أذى جسيم لصاحب الحق فإن المسؤولية المدنية تقوم إذا لم يجر الشخص ما كان يلزمه لمنعه أو لإيقافه".

وهكذا فإنه في مجال التعاقد الاستهلاكي، إذا كان المهني هو الذي يقوم بإعداد العقد الاستهلاكي بشكل منفرد ومسبق، فإنه يمنع عليه تجاوز هذا الحق بوضع شروط غير عادلة تضر بمصلحة المستهلك، لكن أمام عبثه بالغاية الاجتماعية الشخصية وتحريره العقد بشكل غير عادل فإن المهني يكون في وضعية استعمال الحق بشكل تعسفي عند التعاقد.

وكتطبيق لذلك في مجال الخدمات البنكية، فإن البنك يكون متعسفا في استعمال الحق، إذا حصل على منفعة مبالغ فيها من خلال استغلال الحق في التعاقد⁽³⁾، فإذا كان

¹ - لتكوين فكرة معمقة حول هذه النظرية، يمكن الرجوع إلى مرجع زيد قدرى الترجمان، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في حق الملكية العقارية أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، الرباط، السنة الجامعية، 1980-1981، ص 152.

² - جميلة عماري، دراسات وأبحاث مقارنة، مطبعة سليكي إخوان، الطبعة 1، طنجة، 2007، ص 87..

³ - Yves (Picod), Davo (H), op.cit, p : 65.

من حق البنك أن يعرض على جمهور مستهلكي خدماته مختلف نماذج العقود لشراء الخدمات لكن ليس له الحق في استعمال ذلك بتضمين تلك العقود شروطاً تعسفية⁽¹⁾.

وفي اعتقادنا فإن فتح الباب على مصراعيه أمام نظرية التعسف في استعمال الحق، من أجل حماية رضا المتعاقد وخاصة في عقود الاستهلاك، من شأنه أن يجعل المورد مقدم الخدمة متزناً في تعامله مع جمهور المستهلكين قبل الإقدام على التفكير في الإضرار بهم، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية، بأنه إذا كانت القاعدة أن استعمال سلطة قانونية لا يكون خطأ ولا يؤدي تبعاً لذلك إلى إدانة، فالأمر على خلاف ذلك إذا كان استعمال هذه السلطة ينطوي على تعسف في الاستعمال⁽²⁾.

ومجمل القول فإنه إن لم تستطع القواعد التقليدية لعيوب الرضا توفير الحماية الكافية للطرف الضعيف، وهو في هذه الحالة المستهلك بسبب التعقيدات في الإثبات، بالإضافة إلى أن اعتماد الإبطال كنتيجة للتصرف المعيب قد يضر بمصالح هذا الأخير أكثر من نفعه، فإن القضاء لا يتورع في اعتماد نظرية التعسف في استعمال الحق من أجل مقاومة التصرفات التعسفية، من جانب المحتكر خاصة في عقود الإذعان، إلا أن خطورة هذا الاتجاه تكمن في زعزعة الاستقرار والثقة بين المتعاقدين، مادام أنه باستطاعة المتعاقد المذعن التمسك بإحدى حالات التعسف للقول بتضرره، وهذا حسب أنصار التوجه الكلاسيكي "القوة الملزمة للعقد" سيفتح الباب على عواهنه لهذه الادعاءات وسيضر بالمقولة الاقتصادية الموردة للخدمة أو للسلعة⁽³⁾، لذا فإن كل إبطال أو إنقاص لالتزامات الطرف المذعن، يجب أن يكون مبني على أسس قانونية سليمة ومعلل التعليل الكافي وإلا تعرض الحكم المؤيد لهذا الادعاء إلى الإلغاء.

كما أن القاضي في ظل القواعد العامة للتعاقد، لم يكن له السند القانوني يعزز من تدخله الإيجابي في تعديل العقد لأنه مقيد بالفصل 230 ق.ل.ع، الذي يكرس مبدأ القوة

¹ - فاتح كمال، حماية مستهلكي الخدمات البنكية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2020/2021، ص 291.

² - عبد المنعم فرج الصدة، رسالته في عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 362.

³ - العربي مباد، إشكالية التراضي في عقود الإذعان الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 623.

الملزمة للعقد، وطبقا لهذا المبدأ لا يستطيع القاضي إبعاد شروط العقد الصحيحة لأنها تعسفية⁽¹⁾، لكون القوة الملزمة للعقد وما يترتب عنها، وقفت حاجزا أمام القضاء في إعادة التوازن العقدي في عقود مبنية على أسس فلسفية، أنها عادلة ولو كانت غير ذلك من حيث الواقع الممارس⁽²⁾، وحتى التعويض لن يفلح المستهلك في الحصول فيه لغياب الأساس القانوني لذلك.

وهكذا نستخلص عدم فعالية نظرية التعسف في استعمال الحق في إبطال الشروط التعسفية، وإعادة التوازن للعقود غير المتوازنة، كما نقول بأن المشرع المغربي بتبنيه لنظرية البنود التعسفية بصور القانون 31.08، قد قام عمليا بنسخ أهداف إقرار نظرية التعسف في استعمال الحق على الأقل في مجال التعاقدات غير المتكافئة، أو التعاقدات الاستهلاكية والتي أعطت للقضاء صلاحيات واسعة للتدخل الإيجابي، من أجل إقرار التوازن العقدي، وهو ما يشكل مساهمة فعالة في الأمن التعاقدي للمستهلكين، ومن بينهم مستهلكي الخدمات.

الفقرة الثالثة: التدخل القضائي بالاستناد على مبدأ وجوب تنفيذ العقد بحسن نية.

يقتضي مبدأ حسن النية الالتزام بالتعاون والنزاهة بين المتعاقدين، ويقصد بالنزاهة والإخلاص أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا أو مستحيلا، والقانون لا يجيز للمتعاقد أن يقوم بتنفيذ العقد بطريقة تنم عن سوء نية، أو بطريقة يكون الشخص فيها متعسفا في استعمال حقه في المجال العقدي⁽³⁾.

¹ - Chardin (N) : Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté ,L.G.D.J. Paris 1988, p.10.

² - فمثلا، رغم الإجحاف الذي قد يلحق المستهلك في علاقته بالمهني - المؤمن والمؤمن له (مقولة التأمين)- من خلال إقحام عدة بنود تعسفية فإنه في ظل القواعد العامة لم يكن للقاضي الصلاحية في إلزائها من نماذج العقود حيث كان دائما تدخله يبقى رهين العقد شريعة المتعاقدين، كما أن السائد في مخيلة المستهلك أن بنود العقود هي عقود قانونية، وكذلك نظرية التعسف في استعمال الحق هي نظرية غامضة وواسعة وكان من شأن اللجوء إليها الإضرار بالعلاقات التعاقدية جراء تدخل القضاء.

³ - الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دار الرسالة للطباعة والنشر، بغداد، 1975، ص 45.

وقد نظم المشرع المغربي مبدأ حسن النية في العقود وأقر وجوبه في الفصل 231 من ق.ل.ع.م، حيث نص على أنه: "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته".

وبقراءتنا للفصل 231 ق.ل.ع.م يتضح أن المشرع يعتمد في فكرة حسن النية على مبدأ أخلاقي، يتجلى في الالتزام في التعهدات التعاقدية والوفاء بها مع تمام الأمانة⁽¹⁾، ويفرض حسن النية في تنفيذ العقد أن على كل متعاقد أن يتحرى الدقة والتوازن في حفظ العلاقة القانونية، وأن تسود الاستقامة وحسن السلوك في المعاملة، وكل خروج عما يفرضه المنطق يعتبر سوء نية.

ويعبر مبدأ حسن النية عن العلاقة الوطيدة التي تربط القاعدة القانونية بالقاعدة الأخلاقية، لأن هناك علاقة وطيدة تربط القاعدة القانونية بالقاعدة الأخلاقية، ويجسد ذلك في أن الكثير من الأحكام القانونية تعتبر ترجمة لواجبات أخلاقية⁽²⁾.

وبذلك أصبح المبدأ وسيلة يستعملها المشرع والقضاء، من أجل إدخال القواعد الأخلاقية في القانون الوضعي، كأن يتعاون المتعاقدان فيما بينهما⁽³⁾ وأن يساعد كل منهما الآخر على تنفيذ التزاماته العقدية، وهذا لن يتأتى إلا إذا ساد الصدق والثقة والتسامح بين الطرفين، فالإخلال بهذه الالتزامات يعرض صاحبه للمساءلة.

وعليه فإن اعتماد مبدأ حسن النية معيارا لمحاربة الشروط التعسفية، يتطلب من القاضي أولا تقييم سلوك المتعاقدين تجاه بعضهما البعض أثناء تكوين العقد وتنفيذه من حيث تعاونهما في تنفيذ التزاماتهما العقدية، والقاضي في مهمته هاته، يعتمد معيارا

¹ - Brum. (PH), Le droit de revenir sur son engagement , extrait du colloque de Chambéry intitulé , "Que reste t-il de l'intangibilité du contrat ? Droit et patrimoine" , mai 1998, p 78.

² - المختار بن أحمد عطار: مرجع سابق، ص 266.

³ - Anselone- Martin olivier, étude critique de devoir d'exécuter les conventions de bonne foi, put, AF, 22 janvier 1997, n° 10, p 171.

- Voir aussi, Picod (Y), l'exigence de bonne foi , op.cit. p 65-66.

موضوعيا باستقلال عن شخصية الأطراف، فاعتماد مبدأ حسن النية عند تكوين العقد مثلاً يسمح بإلغاء الشرط التعسفي، واعتباره كأن لم يكن عندما يفرضه المورد الطرف القوي على الطرف الضعيف، لا لشيء إلا لأن هذا الأخير يوجد في وضعية تبعية اقتصادية للطرف القوي⁽¹⁾.

ويتفق موقف معظم المشرعين في النظم القانونية، بشأن تطبيق مبدأ حسن النية، فيستلزم النظام القانوني الفرنسي والأردني⁽²⁾ وغالبية النظم القانونية الأخرى⁽³⁾، تطبيق مبدأ حسن النية أثناء تنفيذ العقود، حيث تطرق المشرع المدني الفرنسي لمبدأ حسن النية في المادة 1134 مدني فرنسي⁽⁴⁾، أما في القانون الإنجليزي فإنه لا وجود لتطبيق مبدأ حسن النية في التعاملات العقدية، حيث لا يزال هذا القانون يأخذ بفكرة العدالة في نطاق تنفيذ الالتزامات العقدية، من أجل حماية الأطراف المتعاقدة من أية ظروف سلبية تنشأ أثناء تنفيذ هذه الالتزامات⁽⁵⁾، كما تبنت التوجيهية الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية المؤرخة في 5 أبريل 1993 مبدأ حسن النية معياراً لإلغاء البنود التعسفية.

لذلك فالمتعاقدين يختار في تنفيذ العقد القواعد التي تفرضها الاستقامة والنزاهة في التعامل لأن العقد يتضمن نوعين من الالتزامات، الالتزامات السلبية والالتزامات الإيجابية، وبصيغة أدق التزام بالقيام بعمل والالتزام بالامتناع عن القيام بعمل، وهي الأكثر تكراراً وتتضمن هذه الالتزامات إلزام المتعاقدين بعمل شيء، وقد تزيد هذه الأخيرة أو تنقص في كل عقد بحسب طبيعته⁽⁶⁾، وهذا هو الشأن بالنسبة لمبدأ حسن النية⁽¹⁾، الذي

¹ - François Xavier testu, le juge et contrat d'adhision, JCP,G, 1993, p 39.

² - المادة 202 من القانون المدني الأردني.

³ - المادة 1/148 من القانون المدني المصري.

⁴ - L'article 1134 dispose que : " les conventions doivent être exécuté de bonne foi ".

⁵ - أشار إلى هذه الملاحظة الباحثة ماجدة عبد المجيد عبد المهدي المخاترة، في سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية 2013-2014، ص 251.

⁶ - "Ces obligations complémentaires peuvent résulter de la clause du contrat, mais son parfois décidée par le juge dans le silence de l'accord au simple vu des usages voir d'une référence parfois divinatoire à la commune intentions des parties ".

- voir, Jean marc Mousseron technique, contractuelle, paris 1992, p 305.

يرتبط ارتباطا وثيقا بالأخلاق، إذ يتضمن نوعين من الواجبات أحدهما سلبي ويفرض على كل من المتعاقدين عدم الغش (أولا)، أو خداع المتعاقد الآخر، وآخر إيجابي يفرض ضرورة التعاون في تنفيذ العقد (ثانيا).

أولا: عدم الغش في التعاقد

فبالنسبة للغش في التعاقد، يقصد به الامتناع عمدا عن تنفيذ الالتزام العقدي على الوجه المتفق عليه فليس قصد الإضرار بالدائن عنصرا فيه، بل يستهدف المدين عادة بإخلاله بما التزم به تحقيق مصلحة شخصية له، ومع هذا يتوافر الغش في جانبه إذا كان هذا الإخلال عمديا منه، ولذلك يعتبره البعض مرادفا لسوء النية، وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا التوجه إذ اعتبرت أن: "المدين يرتكب غشا إذا رفض عمدا تنفيذ التزاماته العقدية ولو لم يكن الرفض تمليه نية الإضرار بالمتعاقدين الآخر، كما أكدت نفس المحكمة ذات القاعدة في قرار لها جاء فيه: "أن فكرة حسن النية تقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتتيال وعدم الانحراف عن حسن النية الواجب توافره في التعاقدات والتصرفات والإجراءات عموما، وذلك صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات⁽²⁾.

ومن خلال القرارين المشار إليهما أعلاه، يتبين أنه على المتعاقدين أن يبتعدا عن الغش أثناء تنفيذ التزاماتهما، لأنه دليل على سوء النية، كفرض المهني لشروط تتعلق إما بموعد تقديم الخدمة، وذلك بوضع مواعيد لا تكاد تقيد أو تؤدي إلى استبعاد مسؤوليته عن التأخير في التنفيذ.

أما القضاء المغربي فنجد أنه قد لجأ بشكل محتشم إلى تطبيق مبدأ حسن النية لحماية الطرف الضعيف، حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 2008/10/22 "أن العقد ينفذ وفق ما اشتمل وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية

¹ - محمد بحماني، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية - دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2005-2006.

² - قرار محكمة النقض المصرية، بتاريخ 1979/5/21 أورده سحر البكناش، دور القاضي في تكميل العقد، دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 282.

وشرف التعامل وقواعد الإنصاف ويترتب على ذلك الكف عن أي عمل من شأنه جعل الالتزام مرهقا وأشد كلفة على المدين، بل إن مبدأ حسن النية ينشأ التزام على الدائن بوجوب التعاون مع صاحبه في الوفاء بالالتزام الملقى على عاتقه ويسأل عقديا عن ذلك⁽¹⁾.

ثانيا: تعاون المتعاقدين في تنفيذ العقد

أسهمت مكونات مبدأ حسن النية في ازدهار العقد، فظهر مبدأ التعاون والذي أصبح العصب الحساس للعقد وجعل من العقد عمل تضامن بين أطرافه ووسيلة تنسيق بين المصالح المتبادلة للأطراف، وتسمح بإدخال معايير أخلاقية، وأجد القانون آليات وتقنيات للحد من كون العقد علاقة نزاع وتناحر وأنائية متضادة، ليصبح العقد عامل تكامل وتقارب بين الأطراف المتعاقدة الباحثة عن حماية قانونية، من خلال العقد الذي يعتبر الوسيلة في المجال القانوني والاقتصادي للقيام بذلك⁽²⁾.

ويقصد بالالتزام بالتعاون في مرحلة تنفيذ العقد، أن يساعد كل متعاقد الطرف الآخر على تنفيذ التزاماته العقدية بصورة ملائمة للعقد، وأن يكون جادا في تنفيذ هذه الالتزامات⁽³⁾، معنى ذلك أن يقوم كل متعاقد بتقديم كل الوسائل للمتعاقد الآخر بكل ما يساعده على تنفيذ التزامه على أحسن وجه، وبطريقة سهلة وخالية من العقبات التي تعيق تنفيذ العقد، وذلك لا يعني أن يلعب كلا الطرفين نفس الدور قصد القيام بذلك، وإنما حسب درجة القوة التي يحتكرها كل منهما والإمكانات المتوفرة لكل واحد منهما.

ويعتبر الالتزام بالتعاون أساس العقود التي تصنف بأنها عقود التعاون بالمشروعات، والالتزام بالإعلام يدخل بدوره ضمن النطاق الواسع للالتزام بالتعاون، الذي يجب أن يوجد بين المتعاقدين لتسهيل تنفيذ الالتزام الرئيسي⁽⁴⁾ ولبلوغ الثمرات المرجوة من إيرادها في العقد، ويستمد هذا الالتزام- أي الالتزام بالتعاون- مصدره من

¹ - حكم صادر بتاريخ 2008/10/22 تحت عدد 2522 في الملف عدد 06/2227، أورده محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربي، العدد 6، الطبعة الثانية 2010، ص 142.

² - عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، مرجع سابق، ص 216.

³ - وفاء حلمي أبو جميل، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، سنة 1993، ص 21.

⁴ - أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، مرجع سابق، ص 155.

مبادئ العدالة التي تقضي ألا يستأثر أحد طرفي العلاقة بفائدتها ملقيا عبئها بكامله على الطرف الآخر، بالرغم من أنه باستطاعته أن يقدم بعض الوسائل التي من شأنها أن تيسر على الطرف الآخر الوفاء بالتزامه وبأقل جهد ممكن، ولهذا عادة ما يضيف القاضي هذا الالتزام للعقود قصد الحصول على أفضل النتائج المرجوة من إبرامها⁽¹⁾.

إذن فالالتزام بالتعاون يوجب على المتعاقد الآخر توضيح كل ضروري أو إعطاء المعلومات الكافية، حول خصوصية الشيء أو الخدمة التي يعرضها على الدائن ولا يعفى المدين من القيام بذلك إلا بوقوع قوة قاهرة التي تجهل تنفيذ الالتزام مستحيلا، أما بغير هذا فلا يعفى المدين مما قد يحل من حوادث طارئة تجعل تنفيذ العقد مرهقا⁽²⁾.

ونستخلص من ذلك أعلاه أن الالتزام بحسن النية يفرض أمران، أولهما الالتزام بشرف التعامل والأمانة في مرحلة المفاوضات العقدية ويفرض على المتعاقدين معا، وثانيهما الالتزام بالتعاون بين المتعاقدين ويستمر أثناء مرحلة تنفيذ العقد، ولذلك ففكرة حسن النية ترتدي ثوبا أخلاقيا خالصا وتعتبر مبدءا قانونيا عاما وهو يشكل قاعدة للسلوك أو بالأحرى التزاما عاما.

إن مبدأ حسن النية كمبدأ عام وضعه المشرع المغربي لضمان حسن تنفيذ العقود، وتعطيل كثير من البنود التعسفية ومظاهر اللاتوازن، غير أن القضاء المغربي ظل حبيس النظرة التقليدية في الغالب، ولم يستثمر بالشكل المطلوب في توفير الحماية العقدية للمستهلكين عموما، ومستهلكي الخدمات خصوصا، وقد ساهرت في ذلك محكمة النقض الفرنسية التي لم تلق بالاً للمواقف الفقهية المنادية بضرورة اعتماد مبدأ حسن النية، كآلية لمواجهة تعسف المهنيين في العلاقة العقدية، كما أنها لم تساهل مجموعة من قرارات محاكم الموضوع، التي اعتمدت هذا المبدأ في إلغاء البنود التعسفية، فقرار محكمة استئناف أكس الصادر بتاريخ 10 ماي 1996 نقضه قرار 17 نونبر 1998 بعلّة أن محكمة الموضوع أعطت للمادة 1134 مدلولاً لا يستفاد منها⁽³⁾.

¹ - Mousseron (Jean marc), Technique contractuelle, op.cit, p 396.

² - حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثانية، بدون ذكر سنة الطبع.

³ - أحمد كوسي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان، مرجع سابق، ص 42.

وقد ذهب جانب من الفقهاء الفرنسيين إلى تبني ذات الموقف الذي اتخذته محكمة النقض الفرنسية من مبدأ حسن النية فقد، رأى فيه البعض أنه غير ذي فائدة بالنظر إلى مقتضيات القانونية التي تحكم البنود التعسفية⁽¹⁾، بينما ذهب جانب آخر إلى أن مبدأ حسن النية، لا يمكن أن يحل محل إرادة من يريد الالتزام، وأن القول بأن حسن النية يمكنه أن يلزم أبعد مما تريد الإرادة سيكون مصدرا لانعدام الأمن القانوني⁽²⁾.

وهذا هو حال العقود الاستهلاكية الخدماتية النموذجية، سواء تعلق بعقود الخدمات البنكية كما هو الحال بالنسبة لعقود الائتمان، فقد كانت حافلة بالبنود التعسفية⁽³⁾، وعلى الرغم من هذا الموضع الأساسي، فإن القضاء المغربي لم يكن يستعمل سلطته بجرأة كبيرة، وظل أسير المفاهيم التقليدية التي أصبحت متجاوزة بفعل التطورات التي طرأت على نظرية الالتزام، لاعتبارات اقتصادية واجتماعية وحتى فلسفية، ولم يحاول قضائنا استثمار قواعد القانون المدني لحماية الطرف الضعيف، فمن مهام القاضي الحرص على إقامة العدل، وذلك بإيجاد نوع من التوازن العقدي بين المتعاقدين⁽⁴⁾، وخاصة لما يكون عدم التكافؤ، أما الوقوف عند حرفية النصوص من دون ربطها بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية، وعدم مجازاة القضاء لهذه التغيرات، هي التي دفعت المشرع المغربي إلى التنصيص على تدابير حمائية، تمنح جرأة للقضاء لإعادة التوازن ولحماية المستهلكين أطراف العلاقة التعاقدية، بصفة عامة ومستهلكي الخدمات بصفة خاصة.

في خلاصة هذا المطلب، نقول إن التدخل القضائي من أجل تحقيق الأمن التعاقدي في ظل القواعد العامة، سواء تم بناء على تطبيق المقتضيات الخاصة بعيوب الرضا من خلال الغلط والتدليس والإكراه، أو باللجوء إلى نظريات أصيلة في القوانين المدنية الكلاسيكية، كنظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية حسن النية في تنفيذ العقود، يبقى

¹ - Paisant(G), les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, Dalloz ,chron n° 7, 1995. P 100.

² - أحمد كويسي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان، مرجع سابق، ص 23.

³ - حيث كانت مجموعة من عقود القرض تشير في بنودها إلى إسناد الاختصاص لمحاكم الدار البيضاء، أو المقر الاجتماعي للمؤسسة المقرضة.

⁴ - Catherine (Thibierge), propos sur la transformation du droit du contrat, R.T.D, civ, 1997, p 357.

بعيد المنال، وأن هذه النظريات تبقى آليات تدفع إلى احترام العدالة التعاقدية، بحيث يتلقى كل طرف مكافئ ما قدم من التزامات وهي آليات تحمل ضعفا بنيويا في ذاتها، لأنها بنيت على أساس فلسفي يقدر القوة الملزمة للعقد، كما أن التشريع جعلها آلية لحماية العدالة التعاقدية والاستقرار المعاملاتي، كما أنها وظيفيا في حالة إعمالها من طرف القضاء لأجل إقرار التوازن العقدي وبالتبعية المساهمة في تقوية دعائم الأمن التعاقدي، ويؤدي ذلك إلى إبطال العقود غير المتوازنة، وليس الاقتصار على البنود التي تؤدي إلى الاختلال، وهذا لا يكرس الحماية للمستهلك كطرف ضعيف والذي يكون في حاجة ماسة إلى إعادة التوازن للعقد، مع الاستفادة من محله أي الاستفادة من الغرض الذي أبرم لأجله العقد وهو استقرار الاستفادة من الخدمة.

المطلب الثاني: تعديل الشرط الجزائي بداية الاعتراف بحق الطرف الضعيف

المستهلك في الأمن التعاقدي

حسب المبدأ التقليدي لنظرية سلطان الإرادة، فإنه بالرغم من أن العقد ملزم في ذاته وبالرغم من الجزاءات التي نص عليها المشرع للحث على الوفاء بالالتزامات التعاقدية، فإن هناك من المتعاقدين من يريد الاطمئنان أكثر على العقود التي يبرمها، وذلك باللجوء إلى تضمين تلك العقود بعض الجزاءات الأخرى التي من شأنها حث المدين على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، ومن هذه الجزاءات الشروط الجزائية، التي تعتبر ضمن التعويضات الاتفاقية، والتي أصبحت تكتسي طابعا زجريا، نظرا لما تنطوي عليه من تهديد خطير للمدين ويشكل حافزا قويا لحمله على تنفيذ التزامه التعاقدي.

ويسمى الشرط الجزائي بهذا الاسم لأنه شرط يدرج عادة ضمن شروط العقد الأصلي أو بمقتضى اتفاق مستقل، فيحدد بمقتضاه المتعاقدان مقدار التعويض المستحق في حالة الإخلال بالالتزام العقدي وشروط ذلك الاستحقاق، وهو جزائي لأنه بالإضافة إلى وظيفته التعويضية يشكل عقوبة توقع على المدين لعدم تنفيذه لالتزامه أو لتأخره في

تنفيذه⁽¹⁾، وكذلك لأنه ينطوي على مفهوم التهديد لأن المبلغ الذي يتضمنه عادة ما يقرر بما يفوق مقدار الضرر المتوقع عند إبرام العقد، ولذا فالشرط الجزائي يعرف بأنه تقدير اتفاقي وجزافي للتعويض يقدر بواسطته طرفا العقد مقدما التعويض الذي يستحقه أحدهما عن الضرر الذي يلحقه نتيجة عدم تنفيذ الآخر لالتزامه كلا أو بعضا أو لتأخره في تنفيذه⁽²⁾ ومن ثم فهو يدخل ضمن اتفاقات المسؤولية⁽³⁾.

ويعرف اللجوء إلى الشرط الجزائي انتشارا واسعا في المجال التعاقدي، وهو يرد على كافة أنواع العقود، كعقود البيع والقرض بفائدة وعقود المقاوله وعقد الشغل إلخ، والغالب أن يوضع الشرط الجزائي في نفس العقد الأصلي، غير أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتضمنه اتفاق لاحق.

وقد أجازت التشريعات العمل بالشرط الجزائي⁽⁴⁾، ومن بينها التشريع المغربي حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 264 من ق.ل.ع.م على أنه: **"يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض الأصلي كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه"**.

والشرط الجزائي بهذا المفهوم ما هو إلا تقدير مسبق للتعويض، فقد يتجسد في مبلغ من المال وقد يكون شيئا آخر أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو تقصير لميعاد في استعمال أو تشديد في استعماله، وهذا الأداء الذي يهدد المتعاقد هو الذي يدفعه إلى تنفيذ الالتزام الملقى عليه، فهذا الشرط يغني المتعاقدين عن الصعوبات المتعلقة بمسألة إثبات الضرر وتقدير التعويض⁽⁵⁾.

فهذا المبلغ المحدد من المتعاقدين جزافا مسبقا، يتم تقدير الأضرار المتوقعة حدوثها مسبقا جراء عدم تنفيذ الالتزام وتظهر خطورة هذا التحديد في استبعاد سلطة القاضي في

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، أحكام الالتزام، مطبعة السلام، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1988، ص 38.

² - فؤاد معلال، الشرط الجزائي في القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانون والاقتصادية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 1992-1993، ص 3.

- سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 135.

³ - عبد الرزاق السنهوري، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 851.

⁴ - نصت المادة 183 من القانون المدني الجزائري، "يجوز للمتعاقدين أن عدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181.

⁵ - منال بورروح، النظام العام والعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، نوقشت بتاريخ 5 ماي 2019، ص 369.

تقدير التعويض، كون أطراف العلاقة التعاقدية توقعوا مسبقا ما قد يعترض ذلك التقدير من صعوبات مما يدفعهم للاتفاق مسبقا في شكل شرط جزائي، إلا أن هذا التقدير قد يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي خاصة في العقود غير المتكافئة وهذا يظهر دور القاضي في إعادة التوازن المختل.

وإذا كانت التشريعات قد أجازت اللجوء إلى فرض الشرط الجزائي لتوثيق تنفيذ الالتزامات، فإنه ونظرا لكثرة النزاعات المتعلقة بالشروط الجزائية بسبب المغالاة في تحديدها خاصة من الطرف القوي في العقد، كما هو الحال في عقود الاستهلاك الإذاعية، كعقود الائتمان، وعقود التأمين وباقي العقود الأخرى، أضطر القضاء المغربي إلى مراجعة الشروط الجزائية في غياب نصوص قانونية تسمح بهذه الإمكانية، وأمام هيمنة مبدأ القوة الملزمة للعقد إلى التدخل لتعديل الشرط الجزائي على غرار القضاء الفرنسي سابقا بذلك التدخل التشريعي (الفقرة الأولى) الذي قام بتكريس صلاحية القضاء في تعديل الشروط الجزائية ضمن حدود معينة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مقارنة بين موقف التشريع المغربي والفرنسي في تدبير إشكالية

تعديل الشرط الجزائي

يمكننا القول بأن موقف القانون المغربي من الشروط الجزائية إلى حدود سنة 1995 يكاد يكون سلبيا (أولا)، عكس ما هو عليه الأمر بالنسبة للقانون الذي تعامل معها بموضوعية، كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي (ثانيا).

أولا: موقف المشرع المغربي من تعديل القاضي للشرط الجزائي

بالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي وخاصة قبل صدور القانون 95-27⁽¹⁾، نجد أن المشرع المغربي قد أجاز إدراج الشرط الجزائي في العقود، نظرا لوظيفته في تحديد التعويض المسبق وفي ضمان السلامة العقدية، فالممارسة أبانت أن تضمين العقود شرطا جزائيا يشكل عاملا مهما لضمان السلامة العقدية، فقد أصبح ينظر إلى هذا الشرط على أنه تقنية ناجحة لحمل المتعاقدين على الوفاء بالتزاماتهم، وذلك متى

¹ - ظهير شريف رقم 1.95.157 صادر في 11 غشت 1995 بتنفيذ القانون رقم 27.95 المتمم بموجبه قانون الالتزامات والعقود ولاسيما إضافة فقرة ثانية للفصل 264 من ق.ل.ع.

تم تحديده في مبلغ مرتفع بحيث يفوق ما يمكن توقعه من ضرر، نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية⁽¹⁾، إلا أن هذا الشرط ومع التقدم الصناعي والتجاري عرف العديد من التجاوزات والمبالغة من حيث المبالغ التي ينص عليها، مما جعل منه مرادفاً للتعسف، فبعد أن كان يستعمل كوسيلة لتعويض الدائن عن الضرر اللاحق به من جراء عدم تنفيذ الالتزام، أصبح بعد انتشار عقود الإذعان، خاصة منها عقود الائتمان والبيع بالسلف أداة لاستغلال الطرف الضعيف فطغيان إرادة الطرف القوي، في هذه العقود جعلته يضع شروطاً جزائية مجحفة⁽²⁾، مع ضمانات خضوع الطرف الآخر لها لوجوده في موقع ضعف، وبالنظر لإعمال القضاء للشروط الجزائية المتفق عليها بين الأطراف، دون إمكانية مراجعتها استناداً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، المرسخة بمقتضى المادة 230 من ق.ل.ع.م. والذي يجعل المتعاقدين ملزمون باحترام اتفاقاتهم المبرمة وفق القانون ويمنع أي تدخل للقاضي لتغيير الشروط الجزائية، وهذا المبدأ كرسه القرار الصادر عن محكمة النقض في 6 ماي 1987 الذي جاء فيه: "بأن القرار قد تمشى مع القاعدة: العقد شريعة المتعاقدين وطبق الفصل 230 من ق.ل.ع.م. ومادام أن العقد قد وقع برضا الطرفين على تحديد الغرامة التماطلية، فإنه لم يبق للمحكمة سبيل للتصرف في تحديد الغرامة المذكورة وكان قرارها مستنداً على نص قانوني ولو لم تصرح به..."⁽³⁾.

وبالنسبة لمحاكم الموضوع التي تبنت نفس الموقف الراض لمراجعة الشرط الجزائي، نجد قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 19 يناير 1988 الذي دفعت فيه المستأنفة بأن "المبلغ المطلوب مبلغ خيالي يفوق مئات المرات قيمة الملك العقاري نفسه، مما تحول معه الدعوى إلى إثراء بلا سبب وإجحاف بحقوق العارضة فردت المحكمة على هذا الدفع بأن "الشرط الجزائي شرط اتفاقي وليس بوقتي ولا

¹ - فؤاد معلال، مستقبل الشرط الجزائي بعد صدور القانون رقم 93-27 بتاريخ 13/7/1995، مجلة القانون والاقتصاد، فاس، العدد 14، 1997، ص 60.

² - حسنة الرحموني، الشروط التعسفية في عقد القرض الاستهلاكي، مرجع سابق، ص 228.

³ - قرار المجلس الأعلى سابقاً رقم 98.173 أشار إليه الأستاذ فؤاد معلال في أطروحته، مرجع سابق، ص 251. ومن أهم القرارات التي كرس مبدأ عدم مراجعة الشرط الجزائي من طرف القضاء، انظر كذلك: قرار المجلس الأعلى عدد 2522، صدر بتاريخ 13/12/1989 في الملف المدني عدد 83/3387 أشارت إليه نزهة الخالدي، الأطروحة، ص 127.

تهديدي وإنما هو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حاله، والأصل فيه عدم التخفيض وهو ما سار عليه اجتهاد هذه المحكمة، والتي تؤكد أنه إذا نكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغا معيناً على سبيل التعويض فلا يجوز أن يعطي التعويض الطرف الآخر مبلغاً أكثر أو أقل⁽¹⁾.

وعلى عكس الاتجاه السابق الذي وجد في مبدأ القوة الملزمة للعقد مبرراً له في رفض التخفيض من الشرط الجزائي، فقد لاحظ اتجاه قضائي آخر أن الحكم بالمبالغ الفاحشة المدرجة بالعقود المتنازع بشأنها سيلحق إجحافاً بالطرف الضعيف، واستجابة لمبدأ العدالة الاجتماعية قضى بتعديل الشروط الجزائية التعسفية لإعادة التوازن العقدي رغم غياب النص القانوني، ولقد بدأ هذا التوجه مع أحكام وقرارات صادرة عن محاكم الموضوع ومن بينها المحكمة الابتدائية بفاس التي أبدت رغبتها في التخلص من التوجه المحافظ على مبدأ القوة الملزمة للعقد متأثرة بذلك بمجموعة من القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف والتي قضت بتعديل الشروط الجزائية التعسفية حماية للطرف الضعيف⁽²⁾، حيث جاء في حكمها الصادر بتاريخ 1990/4/9 "أن طبيعة التعويض الاتفاقي المحدد بالعقد كجزاء عن عدم تنفيذ التزامات الفريق المدعى عليه، هو من جهة وسيلة للضغط على الملتزم لتنفيذ التزامه المحدد بالعقد، ومن جهة أخرى وسيلة لجبر الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزام في إبانته، ومن ثم فهو في طبيعته وأحكامه مثل الغرامة التهديدية يصفى في شكل تعويض تبعا للضرر وأهميته وطبيعته ومداه، وأن القول بذلك من شأنه أن يصحح المراكز القانونية للأطراف إزاء العقد ويحد من مبدأ سلطان الإرادة الوارد بمقتضيات الفصل 230 ق.ل.ع.م باعتبار أن أحد الأطراف قد يتعاقد تحت تأثير ظروف معينة بشروط مجحفة في حقه قد لا تعبر عن إرادته

¹ - قرار عدد 144 صادر عن الغرفة التجارية لمحكمة استئناف الدار البيضاء بتاريخ 1988/1/19، منشور بالمجلة المغربية للقانون- السلسلة الجديدة عدد 17، أبريل - ماي يونيو 1988، ص 138.

² - قرار محكمة الاستئناف بأسفي، صدر بتاريخ 1985/4/21 في الملف المدني عدد 84/1447 غير منشور، وكذلك قرار محكمة الاستئناف الدار البيضاء الغرفة المدنية بتاريخ 1985/3/7 في الملف المدني عدد 83/2759 غير منشور.

الصحيحة، ومن ثم وجب أن يتدخل القضاء لتصحيح المراكز القانونية للطرفين حول العقد وخصوصا منه الشرط الجزائي⁽¹⁾.

وقد تعزز هذا الاجتهاد القضائي بالقرار الشهير لمحكمة النقض المغربية الصادر بتاريخ 10 أبريل 1991⁽²⁾ والذي جاء في حيثياته: "لكن لئن كانت محكمة الاستئناف لا تملك حق تعديل العقد إلا طبقا لمقتضيات الفصل 230 من ق.ل.ع.م فإن ليس ثمة ما يمنعها من تعديل تقدير التعويض موضوع الشرط الجزائي، إذا كان مبالغا فيه جدا، وأن محكمة الاستئناف التي أسست قرارها المطعون فيه على هذا النحو، بقولها وحيث أن المبالغ التي قضى بها الحكم الابتدائي الذي أخذ بالشرط الجزائي، كما ورد في العقد بدون تصرف مبالغ فيها، وذلك يؤدي إلى إثراء المدعي على حساب المدعى عليه لم تخرق مقتضيات الفصل 230 المشار إليه أعلاه".

وهكذا فقد انبنى تعليل الحكم على المسائل التالية:

- أن الفصل 230 من ق.ل.ع.م لا يشكل عائقا أمام مراجعة مبلغ الشرط الجزائي.

- أن الشرط الجزائي يجب أن يعدل من طرف القضاء، إذا كان مبالغا فيه، وأن الإبقاء على مبلغ الشرط الجزائي رغم أنه مبالغ فيه يؤدي إلى إثراء الدائن⁽³⁾، وهو بمثابة إثراء بلا سبب.

والواقع أن هذا الاجتهاد القيم لمحكمة النقض في غياب تقنين للشرط الجزائي آنذاك، أضاف مبدأ جديدا وجوهريا للفكر القانوني المغربي، مؤداه أن الفصل 230 من ق.ل.ع.م لا يمنع تدخل القضاء في الميدان التعاقدي، وإرجاع الأمور إلى نصابها، تحقيقا للعدالة والإنصاف، لأن تدخل القاضي لا يعتبر خرقا لحرية التعاقد عندما تفرض هذه الأخيرة التزامات فاحشة وجائرة لأحد الطرفين، ويبدو أن محكمة النقض -المجلس الأعلى سابقا- قد تأثرت هنا بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تقرر أنه لا ضرر ولا

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بفاس، عدد 1483 بتاريخ 1990/4/9 في الملف المدني عدد 89/3038 غير منشور.

² - قرار المجلس الأعلى صادر في 10 أبريل 1991 منشور بمجلة الإشعاع، عدد 10، يونيو 1994، ص 90.

³ - احميدو اكري، الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن، مجلة الإشعاع، العدد 10، يونيو 1994، ص 89.

ضرار، وبالتشريعات الحديثة التي تمكن القضاء من التدخل لمراجعة العقد، بغية تحقيق العدالة والتوازن بين التزامات الأطراف كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي⁽¹⁾.

ونظرا لواقعية هذا الاجتهاد وراهنيتها، خصوصا مع التطور الذي عرفه ميدان التعاقد من انتشار العمل بنماذج العقود وعقود الإذعان، والعلاقات التعاقدية النظامية غير المتكافئة، وكذا تأثير المطالبات القانونية بتوفير الحماية للطرف الضعيف، فقد عمل المشرع المغربي من خلال قانون 27-95 الصادر بتاريخ 13 يوليوز 1995 على تنظيم الشرط الجزائي، وقد حسم الأمر من خلال تعديل الفصل 264 ق.ل.ع م بإضافة الفقرة الثانية والثالثة التي نصت على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه.

يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي".

ومن خلال هذا التعديل كرس المشرع المغربي مبدأ التدخل القضائي الإيجابي في العقود⁽²⁾، وتعتبر أول نقطة مضيئة في قانون العقود المغربي، والتي أسست لبداية التفكير في الأمن التعاقدي للطرف الضعيف، ومن بينها فئة المستهلكين من بوابة مبدأ التوازن العقدي، الذي أصبح مبدأ أساسيا جديدا يحكم النظرية العامة للعقود، والتي عملت قوانين الاستهلاك على تكريسها⁽³⁾، من خلال تبني نظرية البنود التعسفية وأفسحت الباب أمام القضاء للتدخل مباشرة في إقرار التوازن العقدي.

كما أن إقرار المشرع المغربي لمبدأ المراجعة القضائية للشرط الجزائي، يستجيب للمبادئ الأخلاقية، فالحرية التعاقدية لا يمكن أن تكون سندا لفصل المثل

¹ - احميدو اكري، الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن، مرجع سابق، ص 91.

² - العربي مياد، عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 468.

³ - Victore (Lasbords), les contrats déséquilibrés, presse universitaire d'Aix- Marseille, Plan faculté de droit et de science politique, 2000, p 428.

الأخلاقية عن العقد، بل على النقيض تماما أضحت الصلة بين القانون والأخلاق تتوطد بمرور الوقت (1).

ثانيا: موقف المشرع الفرنسي من تعديل القاضي للشرط الجزائي

شكل انتشار عقود الإذعان بشكل لافت للانتباه في المجتمع الفرنسي خاصة ما تضمنته من شروط مجحفة، ولاسيما تلك التي تنص على شروط جزائية تطبق على الطرف المذعن عند تباطئه في تنفيذ دينه، عاملا أساسيا دفع بالمشرع للتدخل من أجل تقنين هذه الشروط بسبب ما لوحظ من استغلال بشع للطرف المذعن خاصة في عقود البيع بالسلف أو القروض البنكية وبصفة عامة في عقود الاستهلاك.

هذا وتطبيقا للفصل 1152 من القانون المدني الفرنسي وكذا المادة 1231⁽²⁾ لا يحق للقضاء الفرنسي التدخل من أجل تعديل الشروط الجزائية، ولا غرابة في ذلك مادام أن العقد شريعة المتعاقدين طبقا للمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، ذلك أن قضاء الموضوع حاول منذ وقت مبكر، وبمختلف الوسائل إقرار مبدأ المراجعة القضائية لذلك الشرط، وذلك من أجل إرساء مفهوم جديد للشرط الجزائي يقوم على أساس مبدأ العدل والمساواة الحقيقيين، حيث حاول القضاء الفرنسي (قضاء الموضوع) التحايل على المنع الذي توسعه المادة المذكورة بالاستناد تارة على المادة 1231، وتارة على طابع الشرط التعسفي، وتارة أخرى على عدم استناده على سبب، ومرة إلى عدم جواز الجمع بين التنفيذ العيني وبين فسخ العقد، إلا أنه في كل مرة يصطدم بالموقف الرافض لمحكمة النقض لتلك المراجعة، حيث ما فتئت هذه الأخيرة تؤكد على مبدأ الحجية المطلقة لذلك الشرط⁽³⁾.

¹ - عبد الرزاق أيوب، القراءة الأخلاقية لتعديل الفصل 264 ق.ل.ع، مجلة المناهج، العدد المزدوج 3 - 4، 2004، ص 70.

² - قبل تعديل الفصل 1152 بمقتضى القانون 597/25 والذي عدل بدوره بمقتضى التعديل الذي كان بتاريخ 2016/6/28.

³ - حيث جاء في قرار الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1 نونبر 1967 أنه: "بالنظر لما تنص عليه المادة 1152 من القانون المدني وحيث يستنتج من هذه المادة أن الاتفاق المبرم بشكل قانوني على أن من يخل بتنفيذه يؤدي مبلغا معيناً على سبيل التعويض يعتبر بمثابة قانون لعاقبيه، فإنه لا يمكن أن يعطي للطرف الآخر مبلغا أكبر أو أقل"، أورده الأستاذ فؤاد معلال، الأطروحة، مرجع سابق، ص 197.

إلا أنه أمام إلحاح رجال الفقه والقضاء الفرنسيين بعدم عدالة الفصول المذكورة، اضطر المشرع الفرنسي للتدخل على مرحلتين:

+ في المرحلة الأولى: حيث منح المشرع للقاضي سلطة التدخل لمراجعة الشرط الجزائي فأضاف القانون الصادر بتاريخ 9 يوليوز 1975 فقرة ثانية إلى المادة 1152 تسمح للقاضي بتخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه، وبالزيادة فيه إذا كان زهيداً، أي إذا ما ثبت أن هناك إجحاف من المدين.

+ أما المرحلة الثانية: فتمثلت في صدور القانون 11 أكتوبر 1985، حيث أصبح من سلطة القاضي التدخل من تلقاء نفسه لدراسة الشروط الجزائية، وتقدير مدى ملاءمتها وعدالتها حتى لو لم يطلب منه⁽¹⁾، أي دون حاجة إلى طلب من المدين.

وبناء عليه قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 8 يناير 1989 على أنه "يعتبر تعسفياً ذلك الشرط الجزائي، الذي اشترط فيه المكري تعويضه بمبلغ يساوي أكثر من خمسة أضعاف القيمة الكرائية، عن الفترة التي يستمر فيها المكري في شغل المحل بعد انتهاء المدة المتفق عليها في العقد"⁽²⁾.

وابتداء من هذا التاريخ أصبحت المقتضيات المنظمة للشرط الجزائي في فرنسا تعتبر من النظام العام، وهذه القاعدة تمنح الحماية للمتعاقدین الذين أهملوا المطالبة

¹ - L'article 1231/5 énonce que : "lorsque le contrat stipule celui-ci manquera de l'exécuter paiera une certaine somme a titre de dommage et intérêts il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

- Néanmoins, le juge peut même d'office modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. =

= Lorsque l'engagement é été exécuté en partie la pénalité convenue peut être diminuée par le juge même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque que le débiteur est mis en demeure ".

² - أورده العربي مباد، الأطروحة مرجع سابق، ص 233.

بتخفيض التعويض الاتفاقي⁽¹⁾، حيث يمكن للقضاء التدخل تلقائيا بتعديل الشرط الجزائي، كما نص القانون المدني السويسري أيضا، على اعتبار مسألة مراجعة الشرط الجزائي من النظام العام، صراحة فقد جاء في المادة 163 أنه: "على القاضي أن يخفض قيمة الجزاء إذا رآه مفرطا".

أما في إطار القانون المغربي، فيرى بعض الفقه أن المشرع ترك للمحكمة إمكانية ذلك، مما يفهم منه أنه لا بد من صدور طلب من صاحب المصلحة⁽²⁾، إذ لا يمكن للقاضي أن يقوم بالتدخل من تلقاء نفسه لمراجعة مبلغ الشرط الجزائي دون طلب من المدين، وذلك بالرغم من تنصيب الفقرة الأخيرة من المادة 264 على أنه: "يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك" على أساس أن الهدف من هذا المقتضى هو حماية المدين من أي تعسف يلحق به نتيجة التنصيب في العقود على أن الشرط الجزائي غير قابل للتخفيض⁽³⁾.

فسلطة القاضي في هذا المجال مجرد رخصة، ويتضح ذلك من خلال عبارة "ويمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه" الواردة في المادة 264 من ق.ل.ع، وهناك من أقر التدخل التلقائي للقاضي لكون الفقرة الثالثة من الفصل 264 من ق.ل.ع.م منحت للمحكمة حق التدخل لتعديل التعويض ولم يشترط النص وجود طلب من أحد الأطراف⁽⁴⁾.

ونحن نرى أن المشرع المغربي منح للقضاء صلاحية التدخل التلقائي لتعديل الشرط الجزائي المبالغ فيه أو التعسفي، أي منحت للقضاء صلاحية الإثارة التلقائية لتعسفية الشرط الجزائي، وذلك أن منع تضمين العقد أي بند يقيد تدخل المحكمة تدخلا إيجابيا يجب اعتباره باطلا، غير أن المشرع ترك للقضاء السلطة التقديرية في أعمالها

¹ - Calais Aulo (Y), Steimmetz (F), Droit de la consommation, op.cit, p.219.

² - عبد اللطيف حاتمي، الفوائد التأخيرية وشرعيتها، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2002/2003، ص156.

³ - عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2003، ص170.

⁴ - حسنة الرحموني، الأطروحة، مرجع سابق، ص234.

طبقا للظروف التعاقدية ومقدار الشرط الجزائي ما إذا كان زهيدا أو مبالغا أو معقولا في الأعراف التجارية، وهو الموقف الذي انتصر له قرار لمحكمة النقض صدر بتاريخ 17 ماي 2006⁽¹⁾ والذي أقر صلاحية المحكمة في مراجعة الشرط التعسفي تلقائيا حيث ورد فيه: "وبخصوص ما أثير من خرق الفقرة الثالثة من الفصل 264 من ق.ل.ع.م فإنه بالرجوع إليها يتجلى بأنها تعطي للمحكمة إمكانية تعديل الشرط الجزائي في إطار سلطتها التقديرية وليس بما يوجب ألا يتم ذلك إلا بطلب من الطرف المتضرر مما يجعل القرار غير خارق لأي مقتضى ومعللا بما فيه الكفاية ومرتكزا على أساس"⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن تقنين مؤسسة الشرط الجزائي، أدى إلى تأكيد موقف القضاء المغربي لذلك، وأصبحت مراجعة الشروط الجزائية من الأمور المعالجة بكثرة على صعيد القضاء، خاصة في عقود الخدمات البنكية وعقود الائتمان والقروض الاستهلاكية بصفة أخص، حيث تعتبر هذه العقود مرتعا لتضمين الشروط الجزائية، حيث يفرض موردو خدمات الائتمان في عقود الائتمان على المقترضين الذين يخلون بالتزاماتهم العقدية، إما بسبب عدم أداء أقساط القرض أو التأخر في أدائها، مبالغ مالية باهظة تفوق بكثير الضرر الحاصل للمؤسسة المقرضة⁽³⁾، وتتمثل هذه الجزاءات في الفوائد التأخيرية بسعر فائدة القرض مع زيادة تتراوح ما بين 1% و 2% إضافة إلى 10% في السنة من المبالغ غير المؤداة، هذا فضلا عن أداء 10% من مبالغ القرض والفوائد والعمولات والمصاريف القضائية إذا تمت متابعة المقترض قضائيا.

إن القضاء المغربي أصبح يتصدى للشروط الجزائية بالتخفيض من قيمتها إذا كان مبالغا فيها، حيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء الصادر في 15 أبريل 2003 على أنه: "فيما يخص منازعة البنك المستأنف عليه في مبلغ التعويض

¹ - إنه بالرغم من عدم تنصيب التشريع المغربي على ذلك صراحة، إلا أن توقيع البطلان على أي اتفاق مخالف لسلطة المحكمة في مراجعة الشرط الجزائي تعني أن هذه الأحكام من النظام العام.

² - قرار المجلس الأعلى عدد 489، ملف تجاري عدد 2004/1/3/1314، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 68، 2008، ص 114.

³ - أحمد كويس، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان، مرجع سابق، ص 28.

المحكوم به ابتدائياً، فإنه لا أساس لها على اعتبار أن مبلغ 20.000 درهم الذي قضت له به محكمة الدرجة الأولى كاف لتغطية الأضرار اللاحقة به"⁽¹⁾.

وهكذا إذا كان التشريع المغربي قد اعترف للقاضي بصلاحيه تعديل الشرط الجزائي، بمقتضى التعديل الذي طرأ على المادة 264 منه ق.ل.ع.م وذلك لإقرار التوازن العقدي، فإن التساؤل الذي يطرح هو حول حدود هذه الصلاحية، ومدى مساهمتها في تعزيز أسس الأمن التعاقدى لمستهلكي الخدمات؟.

الفقرة الثانية: حدود صلاحية القاضي في تعديل الشرط التعسفي

لم يعد القاضي المغربي في ظل القواعد العامة للتعاقد بعد تعديل الفصل 264 من ق.ل.ع.م. مجبرا على الالتزام بمبدأ سلطان الإرادة في جميع الأحوال، كما كان عليه الأمر قبل التعديل، وإنما أصبحت له سلطة واضحة يعدل بها مبلغ الشرط الجزائي في حدود معينة، فلم تعد الحرية التعاقدية في تحديد مبلغ الشرط الجزائي عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو تأخره في تنفيذه، في منأى عن الرقابة التي يمارسها القضاء، وذلك بهدف تنظيم العلاقات التعاقدية على أساس من العدل والمساواة، لتوطيد حماية الضعفاء في العقد.

ولقد وسع المشرع المغربي بمقتضى قانون رقم 27/95 من نطاق سلطة القاضي في مراجعة الشرط الجزائي، إما بتخفيض الشرط الجزائي في حالات محددة (أولاً)، أو الزيادة في قيمته في حالات أخرى (ثانياً).

أولاً: تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه

تطبيقاً للفقرة الثالثة من الفصل 264 من ق.ل.ع.م فإنه لقيام القاضي بإعمال سلطته في التخفيض، يجب أن تكون هناك مبالغة في التعويض، إلا أن نفس الفصل لم يحدد درجة هذه المبالغة وحدودها، وكذا المعايير التي باعتمادها يمكن القول بأن هناك

¹ - قرار عدد 6/2002/1447، رقم الملف 9/2001/2018، صدر بتاريخ 2003/04/15 غير منشور.

مبالغة تستوجب بالضرورة التعديل، وهو ما من شأنه أن يجعل سلطة تقدير هذه المبالغة محل تحكم القضاة⁽¹⁾.

ولتفادي هذا التحكم من وجهة نظر البعض، فإنه عند تحديد هذه المبالغة يجب أن ينطلق من طبيعة التعويض الناتج عن الإخلال بالالتزام التعاقدي، وذلك حسب ما إذا كان يشكل في دلالته تعويضا أم جزاء قد يستعمله المتعاقدان كأداة تهديد وإكراه لدعم اتفاقهما⁽²⁾.

وما قيل أعلاه، يجعل التساؤل مشروعا حول حدود التفاوتات التي إذا تجاوزها التعويض الاتفاقي اعتبر مبالغا فيه، وحسب رأي البعض والذي لا يسعنا إلا تأييده، فإن الشرط الجزائي المبالغ فيه هو "تجاوز التعويض الاتفاقي مقدار الضرر بشكل يظهر معه للمحكمة أن الدائن، إنما يريد الإثراء على حساب المدين وعلى هذا الأخير أن يثبت أن هذا التعويض قد تجاوز حجم الضرر الحاصل للدائن، وفي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تأخذ بالأحوال وأن تقدر الظروف بحسب قدرتها، كما في حالة الخطأ الجسيم المرتكب من قبل المدين أو تدليسه⁽³⁾".

إذن فحتى يمكن للقاضي مراجعة التعويض الاتفاقي تخفيضا لا يمكن أن تتجاوز الزيادة قدرا لا يمكن قبوله، وبالإضافة إلى المبالغة لإجراء التخفيض فإن شرطا أساسيا ثانيا يجب أن يتحقق وهو تحلي المدين بحسن النية في تنفيذ النزاهة بمعنى ألا يكون إخلال المدين بالتزامه قد تم بسوء نية أو نتيجة خطأ جسيم صادر عنه، وهو ما على القاضي بحثه في كل قضية على حدة من خلال الوضعية الشخصية لكل متعاقد وموقفه

¹ - عبد الرزاق أيوب، مرجع سابق، ص 140.

² - وبالنظر للتجاوزات التي أصبح يعرفها الالتجاء إلى الشروط الجزائية المجحفة أو المبالغ فيها، فإن جانبا من الفقه ذهب إلى أن هذا الاتفاق يتميز عن غيره من الاتفاقات العقدية الأخرى، بكونه أصبح يشكل مظهرا للعدالة الخاصة يتم التناول بواسطته على جزء من مهام السلطة القضائية انظر:

- Boccara (Bruno) : La réforme de la clause pénale-conditions et limites de l'intervention judiciaires, JCP, N°19. 1975, p.236

³ - سعيد الناي، حقيقة الشرط الجزائي في القانون المغربي، مجلة المناهج، عدد مزدوج 5-6، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2004، ص 196.

من العقد من حيث حالته المادية والأسباب القائمة وراء عدم التنفيذ⁽¹⁾ ومدى الأهمية التي يعلقها على التنفيذ الكامل للالتزام التعاقدية⁽²⁾، الأمر الذي يؤدي إلى اعتبار مثل هذا الشرط شرطا تعسفيا يجوز للقاضي تعديله أو إلغاؤه حسب الأحوال لإعادة التوازن إلى الالتزامات التعاقدية حماية للمدين وهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

وهناك عدة حالات تدخل القضاء من أجل تخفيض الشرط الجزائي، حيث نجد في بعض عقود الائتمان الاستهلاكية النموذجية، التي تعرض على المستهلكين بدون مفاوضات، تتضمن نسب فوائد تتجاوز بكثير القدر المسموح به والمحدد في الدوريات التي يصدرها والي بنك المغرب، ولا يقتصر البنك على الفوائد التأخيرية فقط، وإنما يحدد غرامات متعددة على المستهلك المتوقف عن أداء الأقساط الحالة والواجبة، والأمر من ذلك أنه يعمل على استخلاصها دون مراجعة القضاء⁽³⁾.

وفي هذا الصدد صدر عن القضاء المغربي عدة أحكام وقرارات، منها الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 16 دجنبر 1999 والذي جاء فيه: "حيث ينص عقد القرض على فوائد اتفاقية بنسبة 17% سنويا، وأن المحكمة المدلى بها لها من سلطة تقديرية في تعديل التعويض الاتفاقي طبقا للفصل 264 من ق.ل.ع.م، ترتئي تخفيض نسبة الفوائد المذكورة من 17% إلى 12% سنويا ابتداء من تاريخ 19/3/1999 إلى يوم التنفيذ⁽⁴⁾".

كما أن المحكمة التجارية بالرباط قد ذهبت إلى أبعد من ذلك، في حكمها الصادر بتاريخ 2005/3/1⁽⁵⁾ بإلغائها الغرامة الاتفاقية المحددة في نسبة 10% من أصل الدين

¹ - التوقف عن أداء أقساط القرض بسبب قوة قاهرة ثابتة كما هو الحال بالنسبة للأجير الذي توقف عن العمل لوجود المقاول التي يشتغل فيها في وضعية صعوبة.

² - فؤاد معلال، مستقبل الشرط الجزائي، مرجع سابق، ص 94.

³ - محمد جنكل، المسؤولية البنكية على ضوء القانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 124.

⁴ - حكم صادر عن المحكمة التجارية بالرباط عدد 1394 بتاريخ 16 دجنبر 1999 في ملف عدد 4/99/904، أورده فاتح كمال، سعر القرض البنكي أية حماية للمستهلك، مجلة الملف، عدد 10 أبريل 2007، ص 42/213.

⁵ - ملف عدد 2004/1308 بتاريخ 2005/3/1 غير منشور.

واكتفت بالحكم بأصل الدين، في نزاع عقد قرض بين شركة التمويل الجديد بالقرض وأحد زبنائها المستهلكين.

إلا أن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء قامت بإلغاء هذا الحكم فيما قضى به من رفض طلب الغرامة الاتفاقية، وبعد إعمال سلطتها التقديرية في إطار الفصل 264 م.ق.ع.م حصرت الجزاء عن الإخلال بالالتزام في تعويض جزافي حددته في مبلغ 2000 درهم، حيث جاء في حيثيات قرارها أنه: "وحيث بخصوص الغرامة الاتفاقية بنسبة 10 في المائة، فإنها وإن كانت ضمن الجزاءات عن الإخلال بالالتزام كما جاء في الحكم المستأنف، إلا أن المشرع خول للمحكمة بمقتضى المادة 264 من ق.ل.ع.م سلطة التصرف فيها رفعا أو خفضا، وأنه مادام تبين للمحكمة كون المدين لم يف بالتزاماته، قررت بما لها من سلطة تقديرية في إطار الفصل المشار إليه أعلاه، وحصر الجزاء عن الإخلال بالالتزام في 2000 درهم".

وفي حكم حديث للمحكمة التجارية بفاس الصادر بتاريخ 2020/06/30¹، في نزاع عقد قرض بين شركة البنك الشعبي بفاس تازة وأحد زبنائها، حيث ذهبت المحكمة إلى رفض الحكم بالغرامة وفوائد التأخير، واكتفت بالحكم بأصل الدين مع الفوائد القانونية، لكون الحكم بالفوائد القانونية كاف بجبر الضرر عن التأخير، حيث جاء في حيثيات الحكم: "وحيث يهدف طلب المدعية إلى الحكم على المدعى عليه بأدائه مبلغ 345573,81 درهم بالإضافة إلى غرامة قيمتها 10% من مجموع الدين طبقا للفصل 11 و 13 من عقدي القرض مع الفوائد العقدية بنسبة 8,08% والفوائد القانونية وفوائد التأخير من تاريخ 2018/3/22 إلى يوم التنفيذ وبتحقيق الرهن عن الأصل التجاري.

وحيث تبين للمحكمة من خلال وثائق الملف ومستنداته، وخاصة عقد القرض وكشف الحساب المدلى بهما، وما خلص له الخبير في تقديره المصادق عليه.

¹ - حكم رقم 751 بتاريخ 2020/06/30 في الملف عدد 18/8210/1209، صادر عن المحكمة التجارية بفاس، غير منشور.

وحيث لم يدل المدعى عليه بما يفيد براءة ذمته من مبلغ الدين المذكور، مما يجعل طلب المدعية بخصوصه وجيها ومبررا ويتعين الاستجابة له، وذلك بالحكم بأدائه لفائدة المدعية مبلغ 194107,4 درهم وهو المبلغ المتبقي عن مسطرة تحقيق الرهن العقاري، التي يباشرها المدعي في حدود مبلغ 240000 درهم مع الفوائد القانونية من تاريخ الحكم إلى يوم التنفيذ، ورفض طلب الغرامة وفوائد التأخير لكون الحكم بالفوائد القانونية كاف لجبر الضرر عن التأخير في الأداء".

وحيث إنه وبعد حصر تاريخ الحساب تكون أية مطالبة بالفوائد العقدية غير ذات أساس، ويتعين الحكم برفضها"، من خلال هذا الحكم والأحكام السالفة يتبين أن القضاء المغربي، قد قطع أشواطا كبيرة في حماية الطرف الضعيف مستهلك الخدمة، من خلال إعادة التوازن للرابطة العقدية، وذلك برفض الاشتراطات الجزائية الواردة في العقود الاستهلاكية أو تعديلها بما يحقق التوازن العقدي، وهذا طبعا سيؤدي إلى تقوية ضمانات الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات البنكية، من خلال تدخل القضاء بناء على المزاوجة بين مقتضيات القواعد العامة وخاصة الفصل 264 من ق.ل.ع، وقواعد تدابير حماية المستهلك، فما هي إذن حدود التخفيض للشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي؟.

ثانيا: تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي

خول المشرع للمحكمة إمكانية تخفيض التعويض المتفق عليه من جراء التنفيذ الجزئي للالتزام المدين، بنسبة النفع العائد على الدائن⁽¹⁾، وهو ما أقره الفصل 264 ق.ل.ع.م 264 الذي نص على أنه "..... ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي"...

حيث يفسر نسبة النفع العائد على الدائن "بالتنفيذ الجزئي للالتزام"، حيث لا يجب عدم الأخذ بعين الاعتبار المزايا المتحققة في ذمة الدائن، نتيجة قيام المدين بالتنفيذ الجزئي للالتزام، وهذا طبعا يتماشى مع مبادئ العدل والإنصاف.

¹ - العربي مباد، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي، مرجع سابق، ص 467.

ولإعمال سلطة المراجعة بالنسبة لهذه الحالة، لابد من توافر شرطين أساسيين:

● الشرط الأول: أن يكون الالتزام في حد ذاته قابلاً للتنفيذ الجزئي كأن يكون الالتزام الأصلي غير قابل للانقسام إما بحسب طبيعته أو بمقتضى الاتفاق فإن مقتضى الفقرة الثالثة من الفصل 264 من ق.ل.ع، فيما يخص التنفيذ الجزئي لا تطبق على هذه الحالة⁽¹⁾.

● الشرط الثاني: أن يستفيد الدائن من هذا التنفيذ الجزئي، وقد ذهب المشرع الجزائري في المادة 184 من القانون المدني على أنه: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التعويض كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

وبمقارنة المادة 184 من القانون المدني الجزائري مع الفصل 264 من ق.ل.ع. م نخرج بملاحظتين هامتين:

+ أن المشرع المغربي أخذ بالطبيعة العقابية للشرط الجزائي، لكونه لم يشترط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، بخلاف المشرع الجزائري الذي أضفى عليه صراحة الطابع التعويضي دون ذكره للطابع العقابي، بكونه اشترط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي طبقاً للمادة 184 من القانون المدني، التي تنص على أنه: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر...".

+ أن المشرع المغربي والجزائري كلاهما يتفقان على تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، حيث تم منح الصلاحية للمحكمة بإمكانية تشطير الشرط الجزائي تبعاً للتقدم في التنفيذ، بحيث يعفي المدين الطرف الضعيف من أداء جزء من الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، وهذه المكنة عامة حتى لو تضمن الاتفاق تطبيق الشرط الجزائي برمته ما لم يكن الالتزام غير قابل للتجزئة وإلا فإن

¹ - عبد الرزاق أيوب، مرجع سابق، ص 191.

القاضي لن يجد ما يقيم عليه سلطته في التخفيض، إذا كان محل الالتزام غير قابل للتجزئة وبالتالي عدم التنفيذ الجزئي للالتزام⁽¹⁾.

كما يشترط أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي، فالمدين لا يمكنه إجبار الدائن على قبض جزء من الالتزام، حتى لو كان هذا الالتزام قابلا للانقسام، فالمدين قد يعتمد إلى سداد جزء من التزامه للدائن كي يتفادى دفع الشرط الجزائي كاملا⁽²⁾.

ومن ناحية أخرى، يجب أن يكون التنفيذ الجزئي للالتزام قد عاد ببعض الفائدة على الدائن، وإلا فإن مبرر التخفيض لا يكون متحققا في حالة التنفيذ الجزئي الذي لا يعود بأي نفع على الدائن، ولا يجوز للمدين المطالبة بتخفيض الشرط الجزائي المتفق عليه، بدعوى أنه قام بتنفيذ جزئي لالتزامه، لأن هذا التنفيذ لم يكن له أي جدوى بالنسبة للدائن، ويدخل ضمن هذه الحالة أيضا حالة التنفيذ المعيب للالتزام، إذ في هذه الحالة يكون المدين قد نفذ التزامه تنفيذا معيبا، ويستحق الشرط الجزائي عليه إلا إذا أثبت أنه مبالغ فيه إلى درجة كبيرة إذ عند ذلك يجوز تخفيضه⁽³⁾.

وهكذا نرى أن المشرع المغربي قد وضع معيارا محددا بخصوص التنفيذ الجزئي، وأن السلطة المقررة للقضاء في هذه الصورة لا تشكل سلطة حقيقية للمراجعة، وإنما مجرد أعمال للإرادة المفترضة للمتعاقدين، إذ بتحديدتهما لمقدار التعويض الاتفاقي في حالة عدم التنفيذ الكلي، يكونان قد قدرا الضرر الذي يرى بأن عدم التنفيذ ذلك من شأنه أن يحدث، لذلك فإن التنفيذ الجزئي يقتضي من المتعاقدين تخفيض المبلغ الذي اتفقا عليه بنسبة النفع الذي نتج عن ذلك التنفيذ⁽⁴⁾، لأنه من غير المعقول مطالبة بكل مبلغ التعويض المتفق عليه، وهو ما جاء في حكم المحكمة الابتدائية بفاس بقولها "وحيث إن التعويض المتفق عليه جد مبالغ فيه ولا ينسجم مع مبادئ العدل والإنصاف خاصة أن هناك تنفيذ جزئي للالتزام، كما أن الضرر الحاصل ضئيل بالمقارنة مع مقدار التعويض...."⁽⁵⁾.

¹ - ماجدة عبد المجيد عبد المهيدي المخاترة، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي، مرجع سابق، ص 166.

² - في نظرنا: لا يشترط ذلك، كما أن القاضي في حالة رفض الدائن قبول التنفيذ الجزئي للعقد، أن يأخذ ذلك في الاعتبار لمراجعة الشرط الجزائي، خاصة وإذا كان التنفيذ الجزئي للعقد من طرف المدين كان بحسن نية.

³ - ماجد عبد المجيد المخاترة، مرجع سابق، ص 167.

⁴ - فؤاد معلال، مستقبل الشرط الجزائي بعد صدور قانون 95-27، مرجع سابق، ص 98.

⁵ - أورده عبد السلام أحمد فيغو، الوجيز في أحكام الالتزام في قانون الالتزامات والعقود المغربي، مرجع سابق، ص 62 و 63.

وقد طرح تساؤل حول الإمكانية الممنوحة للقاضي من خلال الفقرة الثالثة من الفصل 264 أعلاه، هل تتوقف على أن يطلب المدين المتضرر من الشرط الجزائي تخفيف التعويض الاتفاقي، أم أن القاضي له الصلاحية في التدخل التلقائي في ذلك؟ فبالرجوع إلى القضاء المغربي نجد أن محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2006/5/17⁽¹⁾ أقرت فيه: "بأنه عملاً بالفصل 264 من ق.ل.ع فإن كل شرط يتم تضمينه في العقد بأن يتفق طرفاه على تحديد تعويض يؤدي عند عدم الوفاء بالالتزام كلياً أو جزئياً أو في حالة التأخر في التنفيذ يعتبر شرطاً جزائياً، يمكن للمحكمة تعديله في إطار سلطتها التقديرية ولو لم يطلب ذلك المتضرر، لعدم النص بالمقتضى المذكور على ما يوجب ألا يتم ما ذكر إلا بطلب من طرف هذا الأخير".

والتساؤل الذي سبق طرحه ينتج عنه تساؤل آخر يتجلى في هل المطالبة بتخفيض التعويض الاتفاقي يجب أن تقدم على شكل دعوى أم يمكن تقديمها على شكل دفع؟ لقد قامت محكمة النقض بالإجابة عن ذلك بقولها: "إن الغرامة التعاقدية المتداول تسميتها بالشرط الجزائي هي اتفاق مسبق على التعويض عن الأضرار التي تلحق الدائن بسبب عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كلياً أو جزئياً أو عن طريق التأخير في تنفيذه، يتعين على من يريد المطالبة بها أن يقدم دعوى نظامية، لا مجرد دفع لتتأكد المحكمة من توفر شروط الحكم بها من عدمه وتعديلها بالزيادة أو بالنقصان⁽²⁾".

فمن خلال نفس القرار الأخير يستشف أن سلطة محكمة الموضوع ليست بالمطلقة في تخفيض التعويض الاتفاقي، وإنما عليها أن تبين العناصر المعتمدة في ذلك، حتى لا تتعسف في استعمال سلطتها، وهو ما أكدته محكمة النقض المغربية بقولها "إن سلطة المحكمة في تقدير التعويض الناتج عن الإخلال بالالتزام التعاقدي لا يسمح لها بالاعتماد على التقدير الجزافي، ويتعين على محكمة الموضوع وهي بصدد استعمال سلطتها

¹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 489، الصادر في الملف التجاري عدد 489 بتاريخ 2006/5/17، غير منشور.

² - قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 605، الصادر في الملف التجاري عدد 07/367 بتاريخ 2007/5/23، غير منشور.

التقديرية في تحديد التعويض، أن تبين أن مقدار الضرر الموجب لهذا الأخير والعناصر التي اعتمدتها للقول بالنتيجة التي خلصت إليها"⁽¹⁾.

لذا وتفاديا لهدر الحقوق والمصالح الاقتصادية للأطراف المتعاقدة، خاصة في ظل التطور التقني وتعدد المعاملات التجارية والمالية، كما هو الحال في عقود الخدمات البنكية وخاصة القروض الاستهلاكية، نرى ضرورة لجوء القاضي إلى الخبرة للاستعانة بها لأجل إعمال القاضي في سلطته التقديرية⁽²⁾ بشكل مستنير.

إلا أن ذلك في نظرنا، لا يعتبر تقصيرا من جانب المشرع المغربي في توفير حماية أكبر للطرف الضعيف المستهلك، إذ أن القاضي يمكنه اللجوء إلى الخبرة باعتبارها إجراء من إجراءات التحقيق في أية قضية، متى استعصى عليه أمر تحديد قيمة الضرر بناء على الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية، الذي يعطي للمحكمة الصلاحية في اللجوء تلقائيا إلى الخبرة⁽³⁾.

ويؤكد ذلك القرار الصادر عن محكمة النقض الذي جاء فيه: "ولذلك فالمحكمة مصدرة القرار عندما أمرت بإجراء خبرة ثانية تلقائيا اعتمدت الفصل 264 المذكور وخفضت بما لها من سلطة مبلغ التعويض المحدد في العقد تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا".

ثالثا: الزيادة في الشرط الجزائي

نصت المادة 264 من ق.ل.ع.م على أنه: "يمكن للمحكمة الرفع من قيمة التعويض إذا كان زهيدا..."، ومقتضى هذا النص أن القاضي له صلاحية الزيادة في قيمة التعويض الاتفاقي، متى كان هذا الأخير منخفضا بشكل كبير، بحيث لا يتناسب مع قيمة الضرر الذي أصاب الدائن، والملاحظ أن النص المغربي لم يختلف كثيرا عن النص الأردني/، وخاصة في المادة 364، حيث أعطى للمحكمة في جميع الحالات

¹ - قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 540، الصادر في الملف عدد 08/87 بتاريخ 08/4/2009، غير منشور.
² - حيث هناك من الباحثين المغاربة من عاب على الفصل 264 المذكور عدم نصه على استعانة القاضي بإجراء الخبرة لتحديد قيمة الضرر كما فعلت بعض التشريعات المقارنة، كما هو الحال في القانون السويسري، نزهة الخدي، مرجع سابق، ص 136.

³ - نص الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية المغربي على أنه: "يمكن للمحكمة بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو تلقائيا أن تأمر قبل البت في جوهر الدعوى بإجراء خبرة أو وقوف على عين المكان أو بحث أو تحقيق خطوط أو أي إجراء آخر من إجراءات التحقيق".

سلطة تعديل الشرط الجزائي، بناء على طلب أحد المتعاقدين ليكون مساويا للضرر، كما أن المشرع الأردني لم يحدد الحالات التي يجوز فيها زيادة مقدار الشرط الجزائي من طرف القاضي بناء على طلب الدائن، إذ منحه سلطة مطلقة في هذا المجال، كما فعل بالنسبة لتخفيض الشرط الجزائي، وهذا الأمر يعطي للدائن الحق في كل حالة لا يتساوى فيها مقدار الشرط الجزائي مع الضرر الواقع فعلا، اللجوء إلى القضاء مطالبا بزيادة مقدار التعويض، ويجوز للقاضي زيادة التعويض المقدر في الشرط الجزائي ليتساوى مع الضرر وفقا لسلطته التقديرية⁽¹⁾.

وفي مقابل عدم تحديد المشرع الأردني لحالات الرفع من قيمة التعويض الجزائي، ومنحه السلطة المطلقة للقضاء، فإن المشرع المغربي حصر حالة الزيادة في مقدار الشرط الجزائي وفي وضعيتين:

• **الوضعية الأولى:** إذا كان مقدار الشرط الجزائي زهيدا، ويكون التعويض الاتفاقي زهيدا عندما يكون مقدار التعويض عاجزا عن تغطية الضرر الحاصل للطرف الدائن، وبشكل يجعله أقرب ما يكون إلى العدم منه إلى الوجود⁽²⁾.

إذن فما هي الطبيعة القانونية للتعويض الاتفاقي الزهيد؟

فهناك من اعتبره بمثابة إعفاء جزئي من المسؤولية، من حيث أنه يضع على عاتق المسؤول مقدار التعويض أقل من قيمة الضرر المتوقع، نتيجة إخلاله بالتزامه التعاقدي⁽³⁾، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة للعقود الاستهلاكية التي تتم بين طرفين غير متكافئين بالمرة، خاصة في عقود الخدمات الاستهلاكية، حيث غالبا ما يكون المورد شخص معنوي ويعمل مقدم الخدمة على تضمين العقد الاستهلاكي بنودا، يكون الهدف منها المحافظة على مصلحته عندما يكون مدينا بنصه على مبالغ زهيدة كجزء عن إخلاله بالتزامه، وبالتالي فإن هذا الاتفاق لا يعتد به أصلا، إلا في الحدود التي

¹ - ماجدة عبد المجيد المخاطرة، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي، مرجع سابق، ص 273.

² - غيثة ذكراوي، مرجع سابق، ص 192.

³ - إبراهيم السيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدني بين القانونية المصري والفرنسي- دراسة مقارنة فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، مصر، 2003، ص 70.

يسمح فيها القانون بذلك التحديد أو الإعفاء، مما يعني أن التعويض الاتفاقي الزهيد القيمة يعتبر باطلا في الحالات التي يمنع فيها القانون شروط تحديد أو الإعفاء من المسؤولية⁽¹⁾.

والمشروع المغربي وإن كان قد سمح للقضاء بالزيادة في مبلغ التعويض الاتفاقي، إلا أنه ما يعاب عليه أنه لم يحدد متى يكون هذا التعويض زهيدا، وما هي المعايير التي يمكن اعتمادها للوصول إلى كون التعويض زهيدا، وفي نظرنا فإن تقدير مدى تفاهة قيمة التعويض الاتفاقي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي⁽²⁾، مستنيرا في ذلك بمقدار الضرر الحاصل الناتج عن تنفيذ الالتزام الأصلي من طرف الدائن.

وتقييما لهذا المقتضى القانوني من حيث مساهمته في تدعيم الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات، فإننا نرى وعلى عكس الشروط الجزائية المبالغ فيها، فإن نظيرتها الزهيدة تكون دائما في مصلحة المدين بالالتزام، أي الطرف الذي يخل بالالتزام العقدي، وهنا في هذه الحالة هو المورد مقدم الخدمة، ونعتقد أن هذا النوع من الشروط الجزائية نادرا ما نجده في الممارسة العملية، فإن ذلك ربما يكون صحيحا بالنسبة لعقود المساومة التي يفترض فيها المساواة بين الأطراف المتعاقدة، لكن إذا أخذنا بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة للعقود الاستهلاكية التي تتم بين الأطراف في مراكز قانونية متفاوتة، حيث يضمنها المهني بنودا يكون في البعض منها دائما كما يكون في البعض الآخر مدنيا⁽³⁾.

وإذا كانت مصلحته تفرض عليه أن يحدد مبالغ مرتفعة، كجزاء عن إخلال المستهلك بالتزام يكون هو دائما فيه، فإن نفس المصلحة تبرر النص على مبالغ زهيدة كجزاء عن إخلاله بالتزامه لما يكون مدينا.

وبما أن موقف المستهلك غالبا ما يكون سلبيا اتجاه مثل هذه الشروط، أولا لحاجته الماسة للخدمة موضوع العقد، فقد أصبح للمستهلك في ظل القانون 31.08 آلية المنازعة

¹ - فؤاد معلال، مستقبل الشرط الجزائي، مرجع سابق، ص 96.

² - غيثة ذكاوي، مرجع سابق، ص 193.

³ - نزهة الخدي، مرجع سابق، ص 134.

في الشرط أمام القضاء في مرحلة تنفيذ العقد، بكونه شرط محدد للمسؤولية وهو شرط أصبح تعسفياً في ظل القانون 31.08، خاصة إذا ما ترتب عنه اختلال كبير لفائدة المورد⁽¹⁾.

• الوضعية الثانية: حالة التدليس والخطأ الجسيم

إذا كان الإخلال بالالتزام العقدي يرجع إلى تدليس المدين أو إلى خطئه الجسيم، فإنه لا يجوز له أن يتمسك بإعمال الشرط الجزائي المنخفض القيمة المتفق عليه بينه وبين دائنه، فهذا الاتفاق لا يكون ملزماً إلا في حدود الخطأ اليسير، أما عندما تثبت مسؤولية المدين، فإن الدائن يستحق التعويض عن كامل الضرر اللاحق به، حيث نص الفصل 232 من ق.ل.ع.م على أنه: "لا يجوز أن يشترط مقدماً عدم مسؤولية الشخص عن خطئه الجسيم وتدليسه"، وهو نفس التوجه الذي سار عليه المشرع المصري حيث نصت المادة 225 من القانون المدني على أنه "إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت المدين أنه قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

ومن خلال النصين أعلاه، يتبين أن إخلال المدين بالتزامه العقدي الراجع إلى خطئه الجسيم أو تدليسه وليس هما معاً، يبرر دفع تعويض إضافي يضاف إلى التعويض المتفق عليه لجبر الضرر، وذلك على أساس أن الأطراف عند اتفاقهم لم يدخلوا الإخلال الراجع إلى الخطأ الجسيم أو التدليس، وفي حالة وجوده فإن الاتفاق يكون باطلاً⁽²⁾، وهو ما قرره محكمة النقض بقولها "إن مكتب الشحنة⁽³⁾ مؤسسة عمومية اقتصادية ذات طابع تجاري، فهي تخضع لقواعد القانون الخاص، لهذا تكون المحكمة على صواب حين اعتبرت العقود التي تبرم معه من عقود المعاوضة، وأن الاتفاق الذي يحتج به لإعفائه من المسؤولية يندرج ضمن الأحكام المنصوص عليها في الفصل 232 من ق.ل.ع.م،

¹ - فؤاد معلال، مستقبل الشرط الجزائي، مرجع سابق، ص 194.

² - محمد بفقير، حدود سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، مرجع سابق، ص 445.

³ - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 89/11/13 تحت عدد 2226 في الملف المدني عدد 10/8572، أورده محمد بفقير، قانون الالتزام والعقود والعمل القضائي المغربي، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 173.

وإن ما يشترط الفصل 232 المذكور لتطبيق المنع والإعفاء من المسؤولية هو أحد الشرطين، الشرط الذي يعفى من المسؤولية عن الخطأ الجسيم أو عن التدليس وليس هما معا".

وبذلك يكون المشرع المغربي وعلى غرار المشرع المصري والأردني، قد منعا الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ الجسيم والتدليس، وألزما المحاكم بالأخذ بهما في تقدير التعويض طبقاً للقواعد العامة.

غير أن السؤال المطروح هو ما هو مفهوم الخطأ الجسيم الذي يسمح توافره بزيادة الشرط الجزائي ليغطي الضرر الحقيقي؟.

لم يعرف كل من المشرع المغربي والأردني الخطأ الجسيم، وإن كان قد أشارا إليه ضمن نصوص قانونهما المدني⁽¹⁾، وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية بإعطائه مفهوم واسع للخطأ الجسيم في قرارها الصادر بتاريخ 1969/2/4 حيث عرفت: أنه ليس هو الذي يسعى من خلال مرتكبه إلى إلحاق الضرر بالتعاقد معه⁽²⁾، بل هو الذي يتمثل في إقناع المدين بإرادته عند تنفيذ التزامه دون سبب مشروع، وحتى من دون نية إحداث الضرر مادامت لم تتوافر ظروف خارجة من إرادته منعه عن تنفيذ التزامه، وهكذا فإذا كان إخلال المدين بالتزامه يرجع إلى غشه أو إلى خطئه الجسيم، فإنه لا يجوز عن طريق الشرط الجزائي أن يتخلص المدين من التعويض الكامل للضرر إذا نسب إليه في إخلاله بالتزامه غش أو خطأ جسيم، حيث يقع الشرط باطلاً عندما يكون المبلغ المعين فيه أقل من الضرر الذي لحق الدائن، ويلتزم المدين رغم وجوده بتعويض هذا الأخير عن كل الضرر الذي لحقه⁽³⁾.

¹ - نصت المادة 2/358 من القانون المدني الأردني على أنه: "في كل حالة يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم، وكذلك نصت الفصل 232 من ق.ل.ع.م. "لا يجوز أن يشترط مقدماً عدم مسؤولية الشخص عن خطئه الجسيم وتدليسه".

² - Civ 4 Fev 1969 D. 1969., note Mazaue(D), Recueil Juridique, 1969 , P 601

³ - محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، "في الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية"، مطبعة جامعة القاهرة، الجزء الثاني، 1990 ص 193.

وهنا يبقى من حق المحكمة متى تقدم الدائن بدعوى، أن ترفع من التعويض الاتفاقي تبين له شحه وقلته بما لها من سلطة تقديرية في ذلك، شريطة تعليل حكمها التعليل الكافي⁽¹⁾.

نخلص مما سبق أن درسناه في هذا المطلب، أن إقرار المشرع المغربي لمراجعة الشرط الجزائي في العقود، بمقتضى التعديل الذي عرفته الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود شكل فرصة مضيئة في تاريخ القانون المغربي للعقود، حيث تشكل بداية تفكير المشرع المغربي في تقوية الأمن التعاقدي للأطراف الضعيفة، وفي فترة لم تكن هناك تدابير واضحة تحقق التوازن العقدي، اللهم بعض القواعد العامة المتعلقة بعيوب الرضا.

بهذا يكون المشرع المغربي قد التحق بالتشريعات المتقدمة التي أرست مفهوما جديدا للشرط الجزائي، الذي يستجيب أكثر للمفاهيم الحديثة، التي أصبحت تحكم فكرة العقد كفكرة العدالة التعاقدية والتضامن العقدي، وكذا استجابة العقد للظروف الاقتصادية والاجتماعية.

كما عزز من أهمية هذا المقتضى التشريعي، جعل سلطة المراجعة القضائية للشرط الجزائي من النظام العام، كما هو منصوص في الفقرة الأخيرة من الفصل 264 ق.ل.ع.م حيث يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك، دون أن يعني ذلك أن القاضي ملزم دائما بتعديل التعويض الاتفاقي إما بالزيادة أو بالنقصان، كما أن منح القضاء صلاحية تعديل الشرط الجزائي المبالغ فيه بالتخفيض في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، ليشكل دعامة أساسية لإعادة التوازن العقدي بين المورد المهني مقدم الخدمة والمستهلك، خاصة في عقود الخدمات البنكية والقروض الاستهلاكية، باعتبار هذه العقود مرتعا للشروط الجزائية، كما أن هذه الصلاحية أثرت التدخل الإيجابي للقاضي في هذا النوع من العقود، وذلك إما بتخفيض الشرط الجزائي أو إلغائه نهائيا إذا لم يكن مفروضا

¹ - العربي مباد، عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 467.

طبقا لقواعد العدل والإنصاف، وبالتالي يكون المشرع قد أعطى لهذه المؤسسة فاعلية أكثر لضمان الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات.

وبصدور القانون 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك المغربي، يتبين أنه لم يعطي للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي فقط، وإلغاء الشرط الاتفاقي الذي ينص على عدم تعديل التعويض الاتفاقي، وإنما أعطاه السلطة التقديرية الواسعة في تحديد مدى تعسفية الشرط، مع إمكانية إبطاله خاصة مع تبني المشرع المغربي لنظرية البنود التعسفية، وذلك في حالة إيراد شرط مفاده فرض تعويض مبالغ فيه أو الجمع بين عدة تعويضات، أو جزاءات عند عدم وفاء المستهلك بالتزامه، ويمكن للمستهلك في حالة ارتكاب المهني لخطأ جسيم أو تدليس، أن يطالب بالزيادة في مبلغ التعويض المتفق عليه، وكل شرط يمنعه من ذلك يعد شرطا تعسفيا طبقا للمادة 15 من القانون أعلاه.

المبحث الثاني: المداخل القانونية الموجهة للتدخل القضائي الإيجابي في

ظل القواعد الخاصة بالاستهلاك.

يشكل الدور القضائي مركزا أساسيا وضمانة من ضمانات الأمن التعاقدي للطرف الضعيف المستهلك خاصة في العقود الاستهلاكية، وتقاديا للعيوب التي أبانت عنها القواعد التقليدية على مستوى الدور القضائي وخصوصا في حالة إخلال المورد بالتزاماته العقدية في مرحلة تنفيذ العقد، فقد جاءت مقتضيات قوانين الاستهلاك بآليات تدعم دور القضاء وتعزز تدخله التلقائي لتحقيق تنفيذ متوازن للعقد، وتقوية مركز المستهلك الضعيف اقتصاديا وتقنيا ونفسيا أمام سلطة المورد المهني، فمن الطبيعي أن العلاقة التعاقدية التي تربط بين طرفين تختلف مراكزهما الاقتصادية، هي علاقة غير متوازنة، ولعل أهم مدخل قانوني أوجده مشرع الاستهلاك والمكرس للتدخل القضائي الإيجابي لتعزيز الحماية العقدية للمستهلكين، هو اكتساب قواعد الاستهلاك في عموميتها صفة النظام العام، هذا الأخير الذي كسر المبدأ التعاقدي الكلاسيكي " العقد شريعة المتعاقدين"، ومقولة أن كل ما هو تعاقدي فهو عادل، وما ترتب عن ذلك من تغير وظيفي في دور القضاء في نزاع استهلاكي، من دور حام للعقد ولآثاره إلى دور حام

للطرف الضعيف، حيث يمكن أن نشبهه بدور المدعي العام من خلال قيامه بدور الإثارة التلقائية l'office du juge للمقتضيات العقدية عند مخالفتها من طرف المورد المهني (المطلب الأول)، إضافة إلى مداخل قانونية أخرى خاصة بالظروف الطارئة التي يمر بها المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد، إضافة إلى ذلك فقد أعطى التشريع الاستهلاكي للقاضي صلاحية التمييز الايجابي لفائدة المستهلك، عند تأويل بنود العقد الاستهلاكي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النظام العام مدخل قضائي مهم لتعزيز الأمن التعاقدي

تعتبر فكرة النظام العام مثلاً من أمثلة الصياغة القانونية التي تصل القانون بأسباب التطور، وتيسر له الاستجابة لما يستجد من حاجات المجتمع⁽¹⁾، فكانت فكرة النظام العام أحد أهم الأدوات القانونية التي وجدت فيها الدولة سبيلاً لتحقيق غاياتها، فاضطلعت هذه الفكرة في مجال العقود بمهمة الحد من حرية التعاقد والتقليل من غلوئها، ولأن الحياة داخل المجتمع وما يحتويه من غموض واتساع وتضارب بين مصالح الناس لا تستقيم إلا بوجود نظام تعاقدى يعمل على تنظيم هذه المصالح وتوجيهها الوجهة الصحيحة وتحقيقها لاستقرار المعاملات وحفاظاً على التماسك والوحدة الاجتماعية استدعى الأمر ظهور مثل هذا الضابط⁽²⁾، فبموجب فكرة النظام العام أصبح التعاقد لا يبنى على الإرادة، هو استعمال هذه الوسيلة التي نص عليها القانون مع وجوب احترام مقتضيات أسمى تتجلى في مقتضيات النظام الاقتصادي، ليصبح هذا الأخير وفق هذا المفهوم وسيلة قانونية في يد المشرع يستطيع من خلالها أن يفرض على أعضاء المجتمع سلوكاً اجتماعياً وقانونياً معيناً.

ومن ثم فهناك اتجاهان قانونيان بشأن تحديد العلاقة بين النظام العام والعقد، ولكل واحد آثاره على الأمن التعاقدى لمستهلكي الخدمة، ويثير النظام العام في قانون العقود إشكالية مضمونه (الفقرة الأولى) وآثاره على مستوى التدخل القضائي (الفقرة الثانية).

¹ - بوشتي زياني، الحماية القضائية من الشروط التعسفية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 1999-2000، ص 26.

² - يوسف المومني، دعوى إبطال البنود التعسفية، مرجع سابق، ص 45.

الفقرة الأولى: مضمون النظام العام في النظام التعاقدي الاستهلاكي

لقد أولى التشريع والفقهاء مكانة هامة للنظام العام، فهو مفهوم مركزي غير أن تعريفه وتحديدته بقي لحد الآن غير واضح ويمتاز ببعض الإبهام والغموض، ذلك أن المشرع عند صياغته للنصوص القانونية يحاول دائما إدخال بعض المفاهيم الواسعة الفهم والغموض، مثل قواعد العدالة والإنصاف، وحسن النية، والتعسف في استعمال الحق، والنظام العام والآداب العامة، فهذه المفاهيم تتسم بالغموض وتساعد على تطبيق القاعدة القانونية واللجوء إليها، مما يوسع من سلطة القاضي في التفسير، فالغموض هو العنصر المنشئ للتفسير.

وقد حاول مجموعة من فقهاء القانون مقاربة مفهوم النظام العام، ونظرا لغموضه ومرونته، فقد وجد الفقهاء القانوني صعوبة في حصر فكرة النظام العام، نظرا لتأثيرها بالمذهب الفكري الذي تتبنى عليه أسس الدولة، فهو يضيق في ظل سيادة المذهب الفردي، ويتسع في ظل المذهب الاجتماعي.

وكنتيجة لهذه المذاهب أدى إلى اختلاف الآراء الفقهية في تحديد مفهوم النظام العام، وقد ربط أنصار المذهب الفردي فكرة النظام العام بالمصلحة، وقد ترتب عن ذلك تقديس الملكية الفردية وحرية التعاقد، ويعتبر قانون العقود الفرنسي مرتع النظام العام بمفهومه المبني على حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة، وخاصة مع صدور القانون المدني الفرنسي أو ما يسمى بمدونة نابليون 1804، وهو أول من استعمل مصطلح النظام العام من خلال نص الفصل 6 منه، والذي لا نجد له مثيلا في قانون الالتزامات والعقود المغربي وقد جاء فيه: " كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب يكون باطلا ولا يعمل به"⁽¹⁾، وهكذا فإن تفعيل النظام العام في ظل المذهب الفردي ظل محدودا، إذ غلب عليه طابع الحرية في مجال العقود، ولم يسمح للمشرع بالتدخل في المجال الاقتصادي بحجة حماية الطرف الضعيف، في العقد أو لتحقيق

¹ -l'article 6 C.C.F dispose que : " on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs".

المساواة بين المتعاقدين⁽¹⁾، إلا أن الأخذ بهذا التوجه الفكري في مجال التعاقد أدى إلى بروز لا توازن عقدي كبير، مما استدعى التدخل لإعادة صياغة فكرة النظام العام وفق منظور مغاير لأنصار المذهب الفردي، وهذا ما بدأت ملامحه مع ظهور المذاهب المتشعبة بفلسفة حماية المصالح العامة، ففي ظل المذهب الفردي الذي ضيق من نطاق النظام العام المنحصر في إطار المصلحة الخاصة، الذي أدى إلى تضارب بين هذه الأخيرة والمصلحة العامة مما أصبح يهدد التضامن داخل المجتمع فاستوجب التصدي له، الأمر الذي وضع الفكر القانوني أمام تحد بغية المحافظة على الحقوق والحريات، ومن ثمة تحقيق التوازن بين أفراد المجتمع وجماعاته، مما أدى إلى اتساع دائرة النظام العام، وأصبحت الدولة تقوم بشؤونها كانت تتركها للفرد وتتولى حماية الطرف الضعيف ضد القوي وتحمي الضعيف ضد نفسه⁽²⁾.

لكن ما ينبغي التساؤل بشأنه هو ما المقصود بالنظام العام في المجال التعاقدي؟. إن تحديد مفهوم النظام العام في المجال التعاقدي ظل بين المد والجزر⁽³⁾، وهكذا فقد رأى الفقيه Demolombe أن النفع العام هو غاية النظام العام، وقد ميز بين القانون العام الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وبين القانون الخاص الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة للأفراد وقد ربط فكرة النظام العام بالقانون العام دون القانون الخاص⁴.

¹ - في ظل المذهب الفردي ساد اعتقاد خاطئ مفاده أن المصلحة العامة تتحقق تلقائياً بمجرد رعاية المصالح الفردية، إلا أن هذا التفكير يشوبه القصور، لأن كثير من المصالح الفردية لا يفكر الأفراد في حمايتها، بل يلجأون في كثير من الأحيان إلى المساس بها بغرض تحقيق أهدافهم، إضافة إلى ذلك ثبوت فشل الأفراد في تسيير الشركات الكبرى على النحو الذي يحقق المصلحة العامة، ومن هنا نشأ التناقض بين المصالح الفردية والمصالح العامة التي عجزت فكرة النظام العام بمفهومها التقليدي عن تحقيقها.

² - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 493.

³ - العربي مياد، عقود الإذعان، مرجع سابق ص 104.

كما عرفه الباحث المغربي عبد الهادي نجار بأن النظام العام كفكرة مرنة تستعصي بطبيعتها عن التحديد، لذلك فهي بشكل عام: إنها مجموع المصالح الأساسية التي تشكل ركيزة كيان المجتمع، ومن ثم فقواعد النظام العام هي التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة سياسية أو أخلاقية أو اجتماعية أو اقتصادية، أطروحته: دور القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2009 - 2010، ص 125.

⁴ - الكلابي حسين عبد الله، النظام العام العقدي، دراسة مقارنة، مطبعة دار السنهوري، الطبعة الأولى، 2016، ص 35.

أما الفقيه Henri MASSON فقد أقام نظريته على فكرة حماية الحقوق وتحديداتها، فالحماية والتحديد هو الدور المزدوج لفكرة النظام العام، فهذه الفكرة ليست بسيطة بل توجد فيها عناصر مختلفة بعضها ثابت ولا يتأثر بالظروف الخاصة بتطور المجتمع تتمثل في النصوص القانونية الآمرة، بحيث يسمى ماسون هذه النصوص بالمتبنة وبعضها قابل للتأثر بهذه الظروف¹، لكن هذه المحاولة لم تسلم من النقد بحيث النصوص الآمرة، هي التي تدل على النظام العام، لكن ليس صحيحا أن النظام العام هو التحديد والحماية، كون هاتين الأخيرتين موجودتان كذلك في النصوص التي لا تعد من النظام العام لان طبيعة القانون هي تحديد الحقوق، ويأتي حفظ أو حماية الحقوق نتيجة لهذا التحديد، فالقانون يحدد العقد بنصوصه وبالشروط التي يضعها الطرفان وبالنتيجة حماية التزامات الطرفين فماسون قد خلط في نظريته بين غاية النصوص القانونية والنظام العام².

إلا أن الفقيه مالوري MALAURIS يعتبر الأقرب الذي تناول النظام العام بمفهوم القانون الاقتصادي، حيث أورد كون النظام العام إضافة إلى كونه يهدف إلى حماية المصلحة العامة من خلال ضمان السير الجيد للمؤسسات الضرورية للجماعة، فإنه يوجد إلى جانبه نظام اقتصادي ونظام عام حمائي⁽³⁾.

فالفقيه مالوري يميز بين صنفين من النظام العام، نظام عام تقليدي ذلك الحامي لأركان المجتمع وتنظيمه تجاه التصرفات الفردية، فيحافظ على القيم الأساسية في المجتمع لاسيما حرية التعاقد، ونظام عام ذو بعد حدائي، يتميز بكونه نظام اقتصادي

¹ - نفس المرجع، ص 38.

² - منال بوروح، النظام العام والعقد، مرجع سابق، ص 50.

³ Philipe (M) , l'ordre public et contrat, étude de droit civil comparée, France-Angleterre-T IERE , Edition, matot-braine, pari, 1967 , p 67.

Au même sens voir : Florence canut, l'ordre public en droit de travail, Tome 14, LGDG, paris, p 4. Ou il a écrit : "une disposition est d'abord public toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi, l'ordre public et la marque de certains règles légales ou réglementaire qui tirent leurs suprématie de leur objet, La défense d'un intérêt général devant lequel doivent s'incliner les intérêts particuliers et les contrats qui les expriment."

واجتماعي وذو مصدر تشريعي، كون هذا الأخير هو الذي أصبح يحدد المضمون العقدي من خلال دلالات الايجار والرواتب وشروط العمل، والشروط التعسفية في العقود، كما قد يكون مصدرة قضائيا⁽¹⁾.

وفي نظرنا فإن هذا التحديد للنظام العام هو تحديد منطقي، على اعتبار أن النظام العام يعزز من حرية التعاقد، كما أنه يعمل على تقييد حرية التعاقد لتحقيق التوازن العقدي المفقود بالسماح للقاضي بالتدخل في العقد.

فالتطور الذي مس فكرة النظام العام الناتج عن التحولات التي مست الإرادة، نتيجة الانتقال من الدولة الحارسة إلى دولة الرفاهية، أدى إلى تغير هذه الفكرة من حيث الموضوع والدرجة، وهكذا تم الانتقال من دور السهر على احترام الحرية العقدية إلى دور حماية المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف والمصالح الجديرة بالحماية، وتلجأ إلى التوجيه كوسيلة لتحقيق أهدافها، وهذا الأخير يعد الأكثر مساسا بالحرية العقدية مما يؤدي إلى تقييد هذه الأخيرة⁽²⁾، وبناء عليه أصبحت فكرة النظام العام تشمل مجموع القواعد الآمرة التي تتدخل الدولة بواسطتها في الاقتصاد، ومن تم فالنظام العام الاقتصادي لا يعتبر كاستثناء لكنه يشكل التكييف العادي للتشريعات المعاصرة، والذي بمقتضاه يقيد إرادة ونشاط الأفراد ويسعى إلى تحقيق المصلحة العامة وحماية الفئات الضعيفة، مما أسفر أن أصبح معه العقد لا يعني طرفيه فقط فحسب، بل أصبح المشرع يشارك الأطراف المتعاقدة في صياغة هذا العقد وتحديد مضمونه بموجب نصوص أمرة⁽³⁾، وذلك راجع إلى كون مبدأ سلطان الإرادة وأن العقد شريعة المتعاقدين لم يكرس سوى مساواة قانونية صورية، غافلا بذلك عن تحقيق الأمن التعاقدي للطرف الضعيف، مما نتج عنه مراكز غير متكافئة في العقد خاصة في العقود الاستهلاكية التي أصبحت عقود نموذجية وعقود إذعان ليس للمستهلك إلا الإذعان للشروط العقدية لمورد الخدمة أو السلعة والذي غالبا ما يتخذ شكل شخص معنوي مقاول أو شركة.

¹ - منال بوروح، مرجع سابق، ص 55.

² -Philippe (M) et Laurent (A), cours de droit civil les obligations , éditions CAJAS, Paris, 1990 , p 286.

³ -ibid. p 69.

وهكذا فاستعمال الدولة لقواعد النظام العام الاقتصادي، هو الذي يعد وسيلة فعال لتقييد الحرية العقدية، فهذا التقييد ينتج عن مجموع القواعد الحمائية المكرسة لفئة الأشخاص الضعيفة، ومن بينهم المستهلكين.

وما يهمنا هنا، هو دور النظام العام الاقتصادي في مجال التعاقد الاستهلاكي بصفة عامة، والتعاقدات الخدماتية بصفة خاصة، لأنه المجال الذي تدخل في نطاقه حماية المستهلك من اللاتوازن العقدي وضمان أمنه التعاقدية، ومن اختلاف أشكال الإكراه الاقتصادي الذي يمارسه المورد مقدم الخدمة، هذا النظام الذي تطور مع تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي وتوجيهها للحياة العقدية وجهة تستجيب للمنفعة الاجتماعية ولحماية المتعاقد الضعيف اقتصادياً⁽¹⁾، ومن مظهر النظام العام الاقتصادي يمكن أن نجده في القواعد الخاصة بحماية الأجراء والقواعد الخاصة بحماية المنافسة والقواعد الخاصة بحماية المستهلك، ومن بين آليات النظام العام الاقتصادي أنه يسمح للمشرع بالحظر والتنظيم والرقابة وأيضاً بفرض عقود على الأطراف⁽²⁾.

ويتبلور النظام العام الاقتصادي للتوجيه في مختلف الأحكام القانونية، التي تمكن الدولة من توجيه الروابط العقدية نحو تحقيق المنفعة الاجتماعية، كما يعرف بكونه مجموعة القواعد التي تنظم سلوك المقاولات والتي تهدف إلى ضمان التنظيم والتوظيف الحر للأسواق⁽³⁾، إنها القواعد التي تسعى بمقتضاها الدولة إلى وضع الأنشطة التعاقدية في الاتجاه الذي يتماشى والمصلحة الاجتماعية، وذلك بقصد ضبط السوق حتى يتسنى لجميع الفاعلين الاقتصاديين الاشتغال في ظروف تتسم بالشفافية، لما في ذلك من حماية للمقولة والمستهلك على حد سواء⁽⁴⁾، وفي المغرب فقد عمل المشرع على تنظيم مجال

¹ - عبد الحق الصافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي لالتزامات العقد، الكتاب الأول، تكوين العقد ، 2006، ص 418.

² - Florence canut, op.cit. p 05.

³ - l'ordre public , c'est un ensemble de règles qui régissent le comportement des entreprises et qui visent à assurer les conditions d'organisation et de fonctionnement libre des marchés. Voir Hassan Dabzat : le droit marocain de la concurrence et la protection économique du consommateur à travers la loi n° 06.99 sur la liberté des prix et de la concurrence, revue marocaine de droit économique, n° 3. p 94

⁴ - العربي مياد، عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 116.

الأسعار والمنافسة كأول شكل من أشكال التدخل التشريعي في مجال النظام العام الاقتصادي التوجيهي، بمقتضى القانون 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة والذي عدل بموجب القانون 104/12⁽¹⁾، والذي كان من أهدافه تحديد الأحكام المطبقة على حرية الأسعار وتنظيم المنافسة الحرة ، وكذا تحدد فيه قواعد حماية المنافسة قصد تنشيط الفاعلية الاقتصادية وتحسين رفاهية المستهلكين، وكذلك ضمان الشفافية والنزاهة في العلاقات التجارية، ويندرج في هذا الإطار بالخصوص القواعد المتعلقة بتنظيم أئمة بعض البضائع والخدمات الاستهلاكية.

أما النظام العام الاقتصادي للحماية، فهو الذي بمقتضاه يستهدف إقامة نوع من التوازن الاقتصادي بين المتعاقد الضعيف المستهلك والمهني الطرف القوي، هذا التوازن الذي ينعدم عند اعتماد حرية التعاقد كأساس لتنظيم الرابطة العقدية، ومن تم كثيرا ما يتدخل المشرع اليوم بصورة آمرة لتنظيم عدد من العقود المبرمة بين أطراف يتواجدون في وضعية غير متكافئة، هذه القواعد الآمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كذلك، لكن إذا نصبت المخالفة في مصلحة الطرف الضعيف في العقد فهنا يمكن مخالفتها كون الغاية من مثل هذا النظام حماية الطرف الضعيف ولا تتحقق هذه الغاية ببطال العقد⁽²⁾.

فالعقد اليوم لم يعد محتاجا فقط إلى العدالة العقدية لضمان استقراره، نظرا لاختلال التوازن بين أطرافه الذي أصبح يخيم عليه، ولن يتحقق ذلك إلا عن طريق نظام حديث لتحقيق هذه العدالة⁽³⁾، بل أصبح في حاجة إلى نظام أكثر إنصافا يضمن التوازن العقدي في مرحلة تنفيذ العقد بين المورد مقدم الخدمة والمستهلك.

فهذه الأخيرة -العدالة التعاقدية- وفق المنطق الجديد للنظام العام الاقتصادي يجب أن تصير آلية إصلاحية، بحيث تؤدي إلى إنقاذ المتعاقدين من وضعية غير متساوية، وتنقلهم إلى وضعية متساوية لتحقيق التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية، فهذا النظام العام الحديث الذي كان نتاجا لتطور النظام العام الاقتصادي هو الذي كرسه المشرع

¹ - وقد كرس هذه المبادئ القانون 104/12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.

² -Ghestin, (J), traité de droit civil , la formation du contrat, op cit,1996, p 290.

³ -Mazeaud (D), le nouvel ordre contractuel, Revue des contrat, L.G.D.J, Paris 2003. P. 296

المغربي مع صدور القانون 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك، حيث أضاف مجموعة من الالتزامات العقدية لفائدة المستهلك على حساب المهني مورد الخدمة، كما أنه حظر مجموعة من الممارسات العقدية من قبيل البنود التعسفية، ولم يكتفي بذلك بل قام بالتحديد المسبق لمجموعة من العقود كما هل الحال بالنسبة لقروض الاستهلاك، وتدخل تنظيميا بشكل كبير في تنظيم الاستدانة، وهكذا يمكن القول أن المشرع المغربي تبنى المفهوم المتغير بسبب اتساع قواعد النظام العام بعدما كانت تحمي الحرية العقدية، فهذا يعد مؤشرا على حركية النظام في المجال العقدي وأداة لتنظيم العقد في نفس الوقت، ومن ثمة تغيرت وظيفة النظام العام من الوظيفة الحامية للحرية العقدية إلى المقيدة لها، فالنظام العام يعمل على مراقبة العقد بمقتضى قواعد أمر، وبذلك تعتبر فكرة النظام العام مثلا من أمثلة الصياغة القانونية المدنية التي تصل القانون بأسباب التطور وتمنح للقاضي الصلاحية القانونية في مواجهة الإخلال العقدي الذي يضر بالأمن التعاقدى لمستهلكي الخدمات⁽¹⁾.

وهكذا أصبح للقضاء الصلاحية القانونية في التدخل الإيجابي في مواجهة الإخلال العقدي الاستهلاكي، من خلال الإثارة التلقائية للمقتضيات الحمائية التي تدخل ضمن مجال النظام العام الحمائي في التعاقد الاستهلاكي، ولما كانت عقود الخدمات الاستهلاكية مرتعا لتعسف الموردين فإن ذلك يعطي إضافة نوعية للأمن التعاقدى بناء على التدخل القضائي.

الفقرة الثانية: النظام العام مصدر الإثارة التلقائية كدور قضائي.

لقد ترتب على جعل قواعد الاستهلاك من النظام العام تغير مهم في الدور القضائي، حيث في حالة النزاع العقدي الاستهلاكي أنه من المبادئ المسلم بها في التقنيات المسطرية التقليدية وكذا في القواعد الموضوعية أن مسطرة الدعوى هي ملك لأطرافها وبالتالي فإن عبئ تسيير المسطرة يبقى على عاتق المدعي، ومن تم فالقاضي يلعب دور سلبيا من خلال اقتصار قيامه على إدارة النزاع وفق وثائق ومستندات

¹ - بوشتي الزباني، مرجع سابق، ص 26.

الأطراف وليس له صلاحية التنقيب عن المقتضيات الحمائية لأحد الخصوم باعتبارها قواعد من النظام العام.

لكن قواعد الاستهلاك اعتبرت هذا المبدأ وكرست لتوجه قضائي ايجابي في النزاع من خلال منح الصلاحية للقضاء في الإثارة التلقائية للمقتضيات الحمائية الخاصة بحماية المستهلك أثناء نزاع عقد في مرحلة تنفيذه، وقد توضحت هذه الصلاحية في الإثارة التلقائية للقاضي للبنود التعسفية الواردة في العقد الاستهلاكي.

فكما أسلفنا في الباب الأول من بحثنا إذا كان القضاء يلعب دوراً أساسياً في تحديد البنود التعسفية في مجال العقود الاستهلاكية عموماً وعقود الاستهلاك الخدماتية خصوصاً، فإن التساؤل الذي يطرح هو هل للقاضي صلاحية الإثارة التلقائية للبنود التعسفية إذا ما ورد في عقد خدمة استهلاكي؟.

فبالرجوع إلى القوانين المقارنة وخاصة القانون الفرنسي فقد عرف التدخل القضائي التلقائي لتقدير تعسفية بند ما للرفض، وهو ما جعل دور القاضي ينحصر في إبطال الشرط، وليس له أي سلطة تقديرية في اعتبار هذا الشرط أو ذاك تعسفياً⁽¹⁾، ولقد درج القضاء الفرنسي على موازنة الاتجاه السابق ومن تم اقتصر دور القاضي على إبطال البنود التعسفية الواردة بالمراسيم الصادرة إنفاذاً لقانون الاستهلاك دون غيرها، إلا أنه صدر حكم بتاريخ 16 يوليوز 1987 خالف الاتجاه السابق⁽²⁾ وأجاز للقاضي أن يصدر جزاء بالنسبة لأي شرط وارد بأي عقد استناداً لنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، وفي غياب القانون الذي يحكم التعسف قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز للقاضي اعتبار شرط ما كأنه غير مكتوب بسبب الصفة التعسفية استناداً لمنحه أحد المتعاقدين ميزة مفرطة جعلته يفرضه على الطرف الآخر بفضل قوته الاقتصادية، هذا التوجه الذي يقيد من سلطة القاضي في القيام بدور ايجابي ليس له أساس في القانون

¹ - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 43.

² - Cass. Civ 1^{ère} 16 juillet, Dalloz .1987.

حيث بموجب هذا القرار تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن توجيهها في كثير من القضايا والذي استقرت عليه مدة طويلة، حيث ل[تكن تسمح للقاضي أثناء النظر في الدعوى بإثارة وسيلة moyen droit لصالح المستهلك يراجع:

-J.C.P., 1047, 2001, note critique. O. Grout,

الموضوعي ومخالف للقانون المسطري، لم تسايره محاكم الموضوع والمؤيد في ذلك من محكمة العدل الأوروبية والتي ذهبت إلى أن ضمان احترام المقتضيات الحمائية المخصصة للمستهلك يتطلب منح القاضي صلاحيات قانونية للقيام بدور ايجابي، لأن مستهلك الخدمة غالبا ما يكون يجهل هذه المقتضيات⁽¹⁾، وبفعل الانتقادات الشديدة التي وجهت لمحكمة النقض المانعة للقاضي من التدخل التلقائي بإثارة وجود شرط تعسفي من طرف بعض الفقه الفرنسي⁽²⁾، والذي اعتبر أن قواعد قانون حماية المستهلك هي قواعد تتعلق بالنظام العام الاقتصادي الحامي للمصلحة الجماعية، وهي مصلحة المستهلكين وتحتّم هذه المصلحة الجماعية إثارة بطلان الشروط المخالفة ليس من قبل الفريق المحمي بها مباشرة (وهو المستهلك)، ولكن أيضا من قبل أشخاص آخرين لهم مصلحة في إثارتها كجمعيات حماية المستهلك وكذلك القضاء.

وبفعل تلك الانتقادات عمل المشرع الفرنسي على إدخال تعديل عام على المادة 4/141 L من مدونة الاستهلاك بموجب المادة من 34 من القانون رقم 2008-3- الصادر في 3 يناير 2008⁽³⁾ حيث أصبحت المادة 4/141 L من المدونة تنص على أنه: "يمكن للقاضي أن يثير تلقائيا جميع المقتضيات المتعلقة بهذا القانون في النزاعات الناتجة عن مخالفة أحكامه⁽⁴⁾، ومنح القاضي هذه الصلاحية يجد تبريره في غياب المساواة الاقتصادية القانونية بين المهني والمستهلك في الممارسة التعاقدية، هذا الغياب الذي طال حتى المجال الإجرائي في النزاع الاستهلاكي حسب رأي محكمة العدل الأوروبية⁽⁵⁾، حيث جاء في إحدى قراراتها حول مسألة تدخل القاضي تلقائيا l'office du juge لإثارة تعسفية بند وارد في عقد استهلاكي، أن الوضعية الخاصة للمستهلك كطرف ضعيف يعطي مبررا للتدخل الايجابي للقاضي بإثارة البند التعسفي في الدعوى

¹ - Ghislain Poissonnier : mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation, Contrat concurrence consommation, n° 5, mai 2009 , p.10.

² - Farjat, (G) , L'ordre public économique, L.G.D.J , N° 163. P187.

³ -Loi n° 2008- pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

⁴ -L'article 141/1 énonce que : le juge peut soulever d'office toutes les disposition du présent code dans les litiges nés de son application.

⁵ -Arrêt de CJCE, 4 octobre 2007, Rev. Cont. Conc. Cons, obs Raymond (G).
Commentaire 88, 2007.p 154.

الجارية⁽¹⁾، كما صدر قرار بتاريخ 1 أكتوبر 2014 عن محكمة النقض الفرنسية يؤيد هذا التوجه حيث ورد فيه: أنه يتعين على القاضي الوطني تلقائيا تقدير الطابع التعسفي للاشتراطات التعاقدية التي يتذرع بها الطرف المهني بمجرد أن تتوافر لديه الوسائل من القانون والوقائع⁽²⁾.

وحسنا ما فعل المشرع الفرنسي، لأنه بهذا المقتضى يجعل القاضي يساهم في ضمان حق المستهلك في الحماية من التعسف الاقتصادي للموردين، وبالرجوع إلى القانون المغربي وخاصة إلى القواعد العامة للقانون المدني، نجد أن هناك فجوة عميقة في القانون المدني المغربي والتي لا توفر حماية مباشرة من التعسف لفائدة الطرف الضعيف المستهلك، لكن مع تبني المشرع المغربي لنظرية البنود التعسفية بموجب القانون 31.08، عمل على تخطي عقبة هامة كانت تعترض توسيع الحماية القانونية والقضائية، وبالتالي تؤثر على تحقيق الأمن التعاقدي للمستهلك، ويتمظهر ذلك من خلال جعل المقتضيات الخاصة بالبنود التعسفية من النظام العام، وهذا ما نصت عليه المادة 20 منه إذ جاء فيها، "تعتبر أحكام هذا القسم من النظام العام".

وهي إشارة ايجابية من المشرع المغربي للقضاء بإعطاء المقتضيات الحمائية ضد البنود التعسفية المكانة الخاصة التي تستحقها، في تعزيز حق المستهلك في الأمن التعاقدي، وبالتالي العمل على إثارتها تلقائيا، وحسب رأينا فإن هذه المادة تعطي للقاضي الصلاحية القانونية في الإثارة التلقائية للبنود التعسفية، سواء تعلق بشق مسطري أو موضوعي تضمنه العقد الاستهلاكي للخدمات، فهذه المادة تشكل أساسا قانونيا فعالا للقاضي للتدخل تلقائيا، سواء كان عقد إذعان أو عقد نموذجي والتصدي للشروط

¹ -Carole Aubert de vincelle : clause abusive et office du juge, revue des contrats , LGDJ 2010, p. 649.

² -La cour déclare : [...] que le juge national est tenu d'examiner d'office la caractère abusif des clauses contractuelles invoquées par une partie des qu'ils dispose des éléments de droit et de fait nécessaires [...]. Cass 1^{ère} octobre 2014. N° 13-21-801 juris Data n° 2014-022-600, signalé par Annelieke Gillotot, Relevé d'office du juge et droit de la consommation, thèse de doctorat, Université D'Avignon, 2014.p 40.

التعسفية أو الحد منها، حسب كل عقد وظروفه ومفهومه الخاص والهدف الاقتصادي الذي يسعى إليه المتعاقد.

غير أنه حبذا لو نص المشرع المغربي صراحة على الإثارة التلقائية للبنود التعسفية في العقد الاستهلاكي، لأن هذا التنصيص سيعطي إشارة واضحة للتدخل الإيجابي، ولا يترك ذلك للاجتهاد بين القضاة مما يؤثر على الأمن القضائي من خلال ظهور توجهات قضائية مختلفة داخل المحاكم المختلفة بالتراب الوطني، فبعضها يتدخل إيجاباً والبعض الآخر يلتزم الحياد السلبي، وهكذا لا تتحقق الغاية المرجوة من تبني المشرع المغربي لنظرية البنود التعسفية، كما أنه يخلق تبايناً بين المحاكم في حماية هذه الفئة الجديرة بالحماية.

فالحماية الفعالة للمستهلكين من البنود التعسفية لا يمكن أن تتحقق إلا بالاعتراف للقاضي في إثارة الطابع التعسفي للبند تلقائياً⁽¹⁾، فهذا الطرح من شأنه أن يساهم في تقوية مصالح المستهلكين في حال طلب تنفيذ البند التعسفي⁽²⁾.

إضافة إلى تحقيق الغاية الحمائية التي قصدها المشرع فالبنود التعسفية حسب ما تقدم تتعلق بنظام عام ذي طبيعة مختلفة فهو حمائي يهدف بالدرجة الأولى إلى حماية المستهلك الطرف الضعيف في العقد، ولكنه في الوقت عينه توجيهي يهدف إلى توجيه سياسة المنافسة⁽³⁾.

وهكذا يتبين أن توسيع صلاحيات القضاء وإعطائه الحق في إثارة الطابع التعسفي للبند تلقائياً، من شأنه أن يوفر حماية أقوى لمستهلكي الخدمة، والذين غالباً ما يكونون جاهلين في معظم الأحيان بتعارض البنود الواردة في عقود الإذعان مع النظام العام الاقتصادي، إضافة إلى جهلهم بالحقوق المحفوظة لهم قانوناً، وقد كانت مسألة الإثارة التلقائية من المحكمة لقواعد الاستهلاك محط تطبيق القضاء المغربي، فقد جاء في حكم

¹ -Mourderau.(S) , Protection communautaire du consommateur contre les clauses abusive et office du juge national, petite affiche ,24 juillet 2001 , n° 9 et 25 .

² - هانية محمد علي، عقبة الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 265.

³ -KARIMI (A), les clauses abusives, et la théorie de l'abus de droit.L.G.D.J.2001. N° 753.

صادر عن المحكمة التجارية بمراكش: " فإنه يبقى خاضعا لأحكامه استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين بصريح المادة 199 منه التي أوجبت على المؤسسات المبرمة لهاته العقود أن تطابق مقتضياتها مع أحكام النظام العام الواردة في هذا القانون داخل 6 أشهر ابتداء من تاريخ 2011/4/7 الموافق لنشر القانون في الجريدة الرسمية وبعد انصرام هذا الأجل تصبح الأحكام المشار إليها أمرة ملزمة لطرفي العقد بقوة القانون تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها"⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلا أن إثارة المحكمة لقواعد الاستهلاك، سواء الموضوعية أو الإجرائية منها يعد مظهرا حيا من محاسن النظام العام، والذي يخدم الأمن التعاقدي لمستهلك الخدمة من بوابة إضفاء المرونة المسطرية المطلوبة في هذا المجال لفائدة المستهلكين، وعليه فإن القضاء المغربي وبناء على هذا المدخل لم يعد يتردد في إثارة البنود التعسفية الواردة في مختلف العقود الاستهلاكية، ومن بينها عقود الخدمات الاستهلاكية كما هو الحال في عقود القروض الاستهلاكية، حيث جاء في حكم آخر للمحكمة التجارية بمراكش ... "وعلى اعتبار أن عقد القرض المذكور يدخل في إطار القروض الاستهلاكية التي نظمها المشرع المغربي في قانون 31-08 المتعلق بحماية المستهلك وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 74 من ذات القانون، فإن المحكمة لها أن تثير من تلقاء نفسها جميع الدفوع الشكالية والموضوعية المشوبة بالملف، على اعتبار أن المشرع قد خص هذا القانون بصفة النظام العام وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 151 من ذات القانون"⁽²⁾.

المطلب الثاني: مظاهر أخرى للتدخل الإيجابي للقاضي

فإضافة إلى المقتضيات التي جاء بها قانون تدابير حماية المستهلك والتي تعزز مركز المستهلك في تنفيذ الخدمة، كآلية النظام العام، وما يترتب عنها من منح القاضي صلاحية واسعة في ممارسة الدور الإيجابي في مرحلة تنفيذ العقد، من خلال الإثارة التلقائية للبنود التعسفية والبنود غير المشروعة، فإن هناك مقتضيات هامة أخرى عززت

¹ - حكم المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 2013/11/11، ملف عدد 2013/6/1141 ، غير منشور.

² - حكم المحكمة التجارية بمراكش رقم 7 بتاريخ 2013/1/3 ، في ملف عدد 1798/6/2012 ، حكم غير منشور.

من هذا الدور القضائي، وقد شكلت ضمانات موضوعية ومسطرية لضمان الأمن التعاقدى لمستهلكي الخدمات، كما هو الحال بالنسبة لمسألة توجيه القاضي نحو تفسير البنود العقدية ومضمونها لصالح المستهلك، وتجاوز مظاهر القصور القواعد التقليدية للتفسير المتبعة بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين (الفقرة الأولى)، ونظرا لكون المستهلك الخدمة قد يتعرض لظروف طارئة تمنعه من الاستمرار أو التوقف المؤقت عن تنفيذ عقد الخدمة الاستهلاكي، فقد جاء تشريع الاستهلاك المغربي بمقتضى حمائي يراعي هذه الظرفية الاستثنائية، من خلال منح المستهلك مصلحة قانونية لاستكمال تنفيذ العقد، وهي مهمة أكلها القانون للقضاء الاستعجالي للسهر على تطبيقها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: توجيه قواعد التأويل العقدي لخدمة الأمن التعاقدى

بالرجوع إلى قواعد تدابير حماية المستهلك، نجد أن المشرع المغربي حاول تجاوز قصور القواعد التقليدية في التفسير العقدي من طرف القضاء، نظرا لمحدوديتها في ضمان التوازن العقدي للمستهلك كطرف جدير بالحماية (أولا) وذلك من خلال التوجيه المباشر للقاضي بإعمال سلطته بشكل إيجابي وتقدير التأويل لفائدة المستهلك (ثانيا).

أولا: حدود الدور القضائي في إعمال قواعد التفسير

يعرف الأستاذ عبد القادر العرعاري عملية التفسير "بأنها تلك العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي من أجل الوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وله الحق في أن يستعمل كل الأساليب القانونية التي من شأنها أن تساعد على معرفة قصد المتعاقدين، ولا يكون التفسير من الناحية العملية، إلا إذا كانت ألفاظ العقد غامضة أو مبهمة تحتل أكثر من معنى، إلا أن ذلك لا يمنع من تفسير بعض العقود حتى ولو كانت العبارات المستعملة واضحة متى تطلب الأمر ذلك"⁽¹⁾.

وعموما فإن مؤسسة التفسير تعتبر منفذا مهما للقاضي إلى العقد، قصد تحديد مضمونه ومحاولة إيجاد توازن بين التزامات طرفيه⁽²⁾.

¹ - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 204.

² - حسن رشوان حسن، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، مرجع سابق، ص 326.

وبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود، نجد أن المشرع قد نظم تفسير العقود بصفة عامة وعنونها بتأويل الاتفاقات في بابه الثاني¹، حيث يكون تدخل القاضي في إطار ما يسمح به سلطان الإدارة، ولا يمكنه التدخل لتعديل شروط العقد، ويعتبر موضوع تفسير العقد من الأهمية بمكان، ويرجع ذلك إلى كون آليات التفسير القانونية خادمة للعقد وليست خادمة للطرف الضعيف ومساعدة له على الوقوف والحياة في ارض الواقع، لأنه إذا كان الهدف من التعاقد هو تنفيذ ما تم التعاقد بشأنه، فلن يتم هذا التنفيذ إن لم يتم رفع كل المعوقات التي تعترض طريقه، ومن بينها رفع الغموض واللبس في العبارات أو المقاصد المترجمة لعنصر الرضا في العقد⁽²⁾، وهو ما يؤثر على الأمن التعاقدي للمستهلك.

ويتصدى القاضي لنصوص العقد بموجب مسوغ تشريعي ما شاب منها من لبس أو داخلها من غموض، فيتسع دوره هنا نسبيا وتظهر أكثر ملكات اجتهاده في تفسير العبارات الغامضة، حتى يصل إلى التكييف الصحيح لطبيعة العلاقة العقدية³، وقد تكفل المشرع المغربي بتحديث طرق تأويل شروط العقد العادية وذلك بنصه في الفصل 462 من ق. ل. ع على أنه: "يكون التأويل في الحالات التالية:

- إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد.
- إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها أو كانت لا تعبر تعبيراً كاملاً عن قصد صاحبها.
- إذا كان الغموض ناشئاً عن مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير المقارنة الشك حول مدلول تلك البنود".

¹ - وذلك في الفصول من 461 إلى 473 من ق. ل. ع.

² - ضياء على أحمد نعمان، الشرط التعسفي في العقود البنكية، مرجع سابق، ص 51.

³ - محمد الهيني، دور القاضي في تفسير العقد، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد 29، غشت 2004، ص 75.

وقد أفرزت هذه المقتضيات تقييدا كبيرا لدور القاضي في تحقيق الأمن التعاقدي، خاصة في العقود غير المتكافئة ومن بينها عقود الاستهلاك، حيث اقتصر على تدخل سلمي في البنود الواضحة العبارة من خلال منع القضاء من تأويلها⁽¹⁾، غير أن هذه الصلاحية تتسع نسبيا عندما تكون عبارة العقد عامة.

***الحالة الأولى: رفض التأويل القضائي للعبارات الواضحة:** فبالرجوع إلى نص الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود يتضح بأنه متى كانت شروط العقد واضحة وصريحة فإنه يتعين على القاضي الالتزام بهذه المعاني الظاهرة دون الانحراف إلى غيرها من الاحتمالات، كتفسير النصوص القانونية حيث جاء فيه: " إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، امتنع البحث عن قصد صاحبها"، وهكذا نجد أن المشرع المغربي يأخذ مبدئيا بنظرية الإرادة الظاهرة في التفسير⁽²⁾، بناء على كون العقد الواضح لا يفسر بل ينفذ كما ذهب إليه الفقيه الفرنسي جيستان وسار عليه القضاء الفرنسي، وتمثل القاعدة العامة في التفسير ذلك حيث أن شروط العقد تكون نافذة تجاه أطراف العقد، ولا يحق للمحكمة تفسيرها ما دامت واضحة، تماشيا مع قاعدة أن الأصل رضا المتعاقدين بما التزما به في التعاقد، وقد انقسم الفقه³ حول دور القضاء في تفسير العبارات الواضحة إلى توجّهين:

التوجه الأول: رفض التأويل القضائي لعبارات العقد الواضحة، فيرى أصحاب هذا الاتجاه من الفقه المغربي⁽⁴⁾ أن العقد كالقانون يجب أن يحترم كما أن مقتضياته صادرة عن السلطة العامة، وحيث دعا إلى التقيد الحرفي بالفصل 461 من ق. ل. ع. م والامتناع عن تأويل العقد عندما تكون عباراته صريحة واضحة، فالعقد الصحيح ملزم للمتعاقدين وملزم للمحكمة أيضا التي لا يجوز لها أن تمتنع عن تطبيقه، لأن القانون لم يعط القاضي صلاحية تغيير العقد إلا في حالات استثنائية، كما هو الحال في تعديل

¹ - بوشتي زيان، مرجع سابق، ص 75.

² - GHestin (J), traité de droit civil, les obligations les effets du contrat, L.G.D.J. Paris 1992. p 21.

³ - العربي مياد، عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 439.

⁴ - الطيب الفصايلي، مرجع سابق، ص 202،

انظر كذلك: مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء ق. ل. ع. م، الجزء الأول، دار القلم، بيروت، الطبعة الثانية 1972، ص 236.

الشرط الجزائي، لأنه متى كان العقد واضحا بينا كان على المحكمة أن تعمل على تطبيق مضمون العقد ولا مجال لتأويله، لأنه إذا أقدمت تحت ستار تأويل عقد واضح على تغيير مضمونه كان فعلها هذا تحريفا واستحق حكمها النقض⁽¹⁾، كما أنه يتعين الأخذ بالمعنى الظاهر لعبارات العقد تفاديا لزعزعة استقرار المعاملات⁽²⁾.

وقد أكد القضاء المغربي ممثلا في محكمة النقض- المجلس الأعلى سابقا- هذا التوجه إذ جاء في أحد قراراته: "بأن قضاة الموضوع مكلفون بتطبيق الاتفاقات المبرمة وليس من الجائز لهم تغييرها إذا كانت شروطها واضحة وبينة"⁽³⁾.

كما قضت محكمة النقض⁽⁴⁾ في قرار آخر صدر بتاريخ 22 يناير 2009: "بأن إنزال النصوص القانونية على الوقائع من اختصاص المحكمة إعمالا لمقتضيات الفصل الثالث من ق.م.م. ولا ينال من ذلك تمسك أطراف الدعوى بتطبيق نصوص قانونية أخرى أو تغييرهم السند القانوني المعتمد، وقد نص الفصل 461 من ق.ل.ع على أنه إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصر صاحبها".

وبالرجوع إلى القانون والقضاء المقارن فنجد أن بعضا من التشريع والقضاء المصري والفرنسي سلك في نفس مسار التوجه المغربي.

فالقانون المصري كرس هذا التوجه من خلال المادة 150 من القانون المدني المصري التي جاء فيها على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إدارة المتعاقدين"، وتأسيسا على هذه المادة يذهب بعض الفقه المصري إلى عدم جواز تفسير عبارات العقد الواضحة، احتراما

¹ - موسى عبود، تعليق على القرار رقم 96 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 فبراير 1962، مجلة القضاء والقانون، عدد 48-، 49 أبريل 1962، ص 379.

² - محمد شيلح، تأويل العقود في ق.ل.ع.م، مرجع سابق، ص 338.

³ - قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى رقم 96 في الملف المدني عدد 3273، صادر بتاريخ 13 فبراير 1962، منشور بقرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية 1985-199، منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين، 1997، ص 21.

⁴ - قرار رقم 91 بتاريخ 21 يناير 2009 في الملف التجاري عدد 2008/1/3/853، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 159، 2011، ص 237.

لنصوص القانون المدني ونص المادة 150 على وجه الخصوص التي تمنع صراحة الانحراف عن عبارات العقد الواضحة بحجة التعرف على إرادة المتعاقدين.

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية بأن الشرط التعاقدي الوارد بعقد خدمة اشتراك التزود بالمياه والذي يقضي بأن المواسير الفرعية التي تستمد المياه من المواسير العمومية وإن كانت ملكا للمشارك هو المكلف بصيانتها ومراقبتها، إلا أن ذلك لا يعطيه الحق في المساس بها وعند الرغبة في الكشف عليها يتعين تقديم طلب كتابي بذلك للمجلس البلدي، ولذلك تجري عليها الإصلاحات اللازمة على نفقة المشترك، وهذا لا يعتبر من الشروط التعسفية التي تعطي الحق للقاضي في تعديلها أو إعفاء المدعي منها، إذ لا يعني وصف العقد أنه من عقود الإذعان أن تتصف التي قبلها المدعي وأوجبها المصلحة العامة بصفة التعسف⁽¹⁾.

كما جاء في قرار آخر لمحكمة النقض المصرية يؤكد توجه ضرورة التقيد بعدم تفسير عبارات العقد الواضحة⁽²⁾، والذي ورد فيه: "أنه طبقا للمادة 1/150 من القانون المدني أن القاضي ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي، فلا يجوز له تحت تأثير ستار التفسير الانحراف عن مؤداه الواضح إلى معنى آخر، ولئن كان المقصود بالوضوح وضوح الإرادة لا اللفظ، إلا أن المفروض في أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة، وعلى القاضي إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أي يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك، ولما كان ما تقضي به هذه المادة المشار إليها يعد من القواعد التي وصفها المشرع وينطوي الخروج على مخالفة القانون، لما فيه من تحريف ونسخ وتشويه لعبارة العقد الواضحة، ويخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض.

وبناء على ما ذكرنا نلاحظ أن العمل القضائي المغربي والمصري وكذلك الفقه، يكرس ما سار عليه الفقه والقضاء الفرنسي، وخاصة محكمة النقض الفرنسية حيث كانت

¹ - نقض مدني بتاريخ 25 ماي 1980، أورده العربي مياد، عقود لإذعان، مرجع سابق، ص 440.

² - أحمد شوقي عبد الرحمن، قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها، المطبعة العربية الحديثة، 1977، ص 9.

تعتبر ممارسة القضاء لصلاحيه تفسير عبارات العقد الواضحة تحريفا للعقد، مؤسسة ذلك على المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي والمقابلة للفصل 230 ق. ل. ع.م، لفرض رقابتها على قضاة الموضوع⁽¹⁾، وهكذا فإن هذا التوجه الرفض لصلاحيه القاضي في تفسير العقد هو القاعدة العامة غير أن هناك توجه آخر يرى إمكانية منح القضاء صلاحية التفسير لكن في حالات محددة.

التوجه الثاني: قبول ممارسة القاضي صلاحية تفسير عبارات العقد الواضحة، فإذا كانت القاعدة العامة في الفصل 461 من ق. ل. ع. م تمنع القاضي من تعريف معنى ومدى الشروط الواضحة والمحددة ولو كانت تعيقه، فإن هناك حالات استثنائية عددها الفقه وكرسها القضاء يمكن الخروج بها على القاعدة السابقة، فاعتماد قاعدة عدم التفسير القضائي للعبارات الواضحة لا يعني إعدام دور القاضي نهائياً، بل يمكنه أن يقوم بعمل ايجابي في مجال التأويل الذي يمكن أن يتخذ وسيلة لمواجهة عدم التوازن بين المتعاقدين، وذلك بصفة غير مباشرة حيث يسترجع دوره كلما تبين أن عباراته واضحة⁽²⁾، ويتعلق الأمر كما يرى بعض الفقه بالحالات التي ينشأ فيها تناقض بين العبارات الواضحة للعقد والإرادة الحقيقة للمتعاقدين، فرغم وضوح العبارة إلا أن المتعاقدين قد أساء استعمال هذا التعبير الواضح الذي يؤدي إلى غموض الإرادة⁽³⁾، فالانحراف عن اللفظ الواضح هو انحراف عن إرادة المتعاقدين وبالتالي يشكل هدم للرضا الذي هو ركن في العقد، ولا يقصد باللفظ الواضح ذلك الذي تكون دلالاته اللغوية واضحة، وإنما يقصد به اللفظ الذي يترجم بشكل صحيح إرادة المتعاقدين المشتركة⁽⁴⁾، ويتحمل القاضي في هذه الحالة إثبات النية المشتركة للمتعاقدين مبرراً لانحرافه عن

¹ -Malaurie (PH) et Aynes (Laurent) : cours de droit civil les obligations,1994 , P .352. voir aussi Ghestin (J) , traité de droit civil les effets du contrat, Op. cit p 21.

² - عبد الرحمن الشرقاوي، دور القضاء في التوازن العقدي، مرجع سابق، ص 24.

³ - ادريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 82.

⁴ - نزهة الخلدي، مرجع سابق، ص 122.

المعنى الظاهر الوارد في العقد على أساس أن المتعاقدان استعملوا الألفاظ في غير المعاني الحقيقة التي يقصدانها⁽¹⁾.

وهذا يقتضيه أن يوضح الكيفية التي توصل بها إلى استخلاص المعنى الحقيقي الذي قصده المتعاقدان⁽²⁾، وطبعا هذا الدور الإيجابي سيسهم لا محالة في تقوية دعائم الأمن التعاقدي من بوابة التوازن العقدي.

ويرى الأستاذ محمد شيلح أن التمسك بعدم تأويل العقد في حال وضوح عباراته يفضي على التطبيق الآلي للعقد، ويمكن أن يزيد في استفحال عدم ملائمة القانون المغربي لواقعه الاجتماعي، ويطيل بقاء الفقه والقضاء محتجين عن المساهمة في معالجة المشاكل الاجتماعية المعقدة والمتعددة⁽³⁾.

وطبعا فإن قواعد التأويل التقليدية لا تخدم الأمن التعاقدي للطرف الضعيف مستهلك الخدمة، لأن عقود الخدمة الاستهلاكية غالبا ما تكون واضحة الدلالة لكنها غير عادلة لأنها تكون إما عقود نموذجية أو عقود إذعان.

وقد كان المشرع المصري واعيا بعدم جدوى التشبث بقاعدة عدم جواز تأويل العقد الواضح بالنسبة لعقود الإذعان، نظرا لما يميز هذه العقود من عدم توازن واختلال في المراكز القانونية، مما يجعلها مرتعا للشروط غير المتوازنة والتي ترهق المستهلك أثناء تنفيذ العقد، فحول القاضي الحق في التدخل مباشرة عن طريق تعديل تلك الشروط أو إبطالها⁽⁴⁾، بخلاف المشرع المغربي الذي كان يفتقر لهذا المقتضى القانوني الهام واستدرك ذلك بصدور القانون 31-08 القاضي بتحديد تدابير المستهلك.

¹ - حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 201 في الملف المدني عدد 29678 صادر بتاريخ 20 مارس 1977: "إذا أبعدت المحكمة شرطا من شروط العقد، وجب عليها أن تبين الأسباب والمستندات التي اعتمدتها بتكوين اقتناعها"، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25 ماي 1980، ص 120.

² - محمد شيلح، تأويل العقود في ق. ل. ع. م، مرجع سابق، ص 342.

³ - محمد شيلح، نفس المرجع، ص 343.

⁴ - المادة 149 من القانون المصري، جدير بالذكر أن المشرع المصري قد تبنى نظرية عقود الإذعان كنظام مستقل عن باقي العقود الأخرى.

الحالة الثانية: التأويل القضائي للعبارات الغامضة

لقد أشار إلى هذا الدور الفصل 462 من ق.ل.ع.م، حيث أن للقاضي صلاحية التدخل لتفسير مقتضيات العقد، والتي يكون الهدف منها هو إظهار النية الحقيقية للطرفين عند غموض عبارة العقد ووضوح الإرادة، وحالة غموض الإرادة ووضوح العبارة، والحالة التي تثير الشك في مدى الالتزام المتولد عنه، تم حالة غموض العبارة والإرادة معا⁽¹⁾، ويشير بعض الفقه أن عبارات غموض العقد هو الإطار الذي لا تبخل نظرية سلطان الإرادة عن الترخيص فيه للقاضي بالاطلاع بدوره الأكثر إيجابية في ميدان التأويل، فالشروط التعسفية عادة ما تكون غامضة في العقود المحررة سلفا كعقد حامل البطاقة البنكية حتى لا ينتبه إليها هذا الأخير⁽²⁾، حيث غالبا ما تصاغ عقود الإذعان والعقود النموذجية بعبارات غير مفهومة ومبهمه، حيث يتحایل المحتكر في صياغتها باستخدام شروط تحتل أكثر من معنى، وهكذا ينشأ الغموض للشروط نتيجة عدم التوافق بين شروط عديدة أو التناقض بين شرط مطبوع وشرط مكتوب باليد، كما ينشأ أيضا الغموض في إعلام المذعن أو الإفراط في الدعاية للمنتفعين، كما يكون ناتجا عن سوء فهم المقصود من الشروط، كما أن الشرط الغامض قد يكون قابلا لتفسيرين⁽³⁾، وقد يحصل الغموض كذلك نتيجة جهل المتعاقد المستهلك بلغة تحرير العقد، وخاصة في ظل استخدام مصطلحات فنية جديدة يصعب على المستهلك الإلمام بها، كما هو الحال في عقود الولوج إلى الشبكة أو عقود التأمين أو عقود الخدمات البنكية فالمستهلك شخص غير مهني أو متخصص.

ولحل مشكلة التوازن العقدي يجب على القاضي في تفسيره للشرط في كل هذه الحالات، البحث عن النية الحقيقية للأطراف في تفسير غموض وإبهام الشرط، وقد أكدت ذلك محكمة النقض المغربية في قرار لها صادر 2005/6/7 حيث جاء فيها: "على أن العبرة في تفسير العقود بالمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني، وعلى المحكمة

¹ - هذه الحالات المشار إليها أعلاه، حددها الفصل 462 من ق.ل.ع.م.

² - ضياء علي أحمد نعمان، مرجع سابق، ص 56.

³ - عبد الهادي نجار، دور القاضي في تعديل العقد - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2009-2010، ص 276.

أن تبحث عن قصد المتعاقدين وأن تبين عند تحديد الآثار التي تترتب على العقد والإرادة المشتركة وتفسير عبارات العقد غير الواضحة الدلالة⁽¹⁾.

ونشير في هذا النطاق إلى أن الحالات التي ذكرها الفصل 462 من قانون الالتزامات والعقود، تشكل المجال الأوسع لاستخدام القاضي لسلطة التفسير، أخذا بعين الاعتبار النية المشتركة للمتعاقدين، معتمدا على التأويل للبحث عن هذه الإرادة المشتركة دون التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ ولا بتكوين الجمل، فتفسير شروط العقد الغامضة يدخل ضمن سلطة القاضي المطلقة².

ولحل مشكلة التوازن العقدي يجب على القاضي في تفسيره للشرط الغامض المبهم الاعتماد على الوسائل المتاحة قانونا، وتتمثل هذه الوسائل في عدم الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ومراعاة طبيعة التعامل والعرف التجاري وقواعد التعاملات في تفسير الشك لمصلحة طرف المذعن كطرف ضعيف⁽³⁾، وبهذه الوسائل وغيرها يمكن التخفيف نسبيا من الآثار الضارة لعدم المساواة الاقتصادية.

وفي الأخير نسجل مع بعض الفقه المغربي⁽⁴⁾، الدور السلبي للقضاء في التدخل لمواجهة اللاتوازن العقدي في العقد غير المتكافئ تحت ستار التفسير لوجود عائقين هامين:

الأول: وسيلة التدخل محكومة بالمبدأ العام الذي يهيمن على المنظومة القانونية المتمثلة في مبدأ سلطان الإرادة، وتدخل القاضي في المجال التعاقدى لم يكون إلا في حدود ما يسمح به هذا المبدأ، والذي لا يسمح للقاضي بالتدخل لتعديل شروط التعاقد

الثاني: منع قانون الالتزامات والعقود المغربي القاضي من تأويل العقد في حالة عبارات العقد الواضحة والصريحة، لكن ومع ذلك فإن سلطة القاضي في تفسير شروط

¹ - قرار صادر عن محكمة النقض- المجلس الأعلى سابقا- بغرفتين بتاريخ 2005/6/8 تحت عدد 673 في الملف التجاري عدد 04/443، أورده محمد بفقير، منشورات دراسات قضائية، مرجع سابق، ص 297.

² - محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مرجع سابق، ص 251.

³ - للتوسع في استخدام التفسير لمصالح الطرف المذعن، يمكن الرجوع إلى عبد الهادي نجار، مرجع سابق، ص 276.

⁴ - إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 57.

العقد الغامضة كانت تعد من بين أهم الوسائل التي يتمتع بها القاضي لتعديل البنود العقدية.

إلا أن هذا الدور المكرس في ظل ظهير الالتزامات والعقود سرعان ما بدأ يتلاشى لعجزه عن مسايرة العصر، خاصة مع التوجه التشريعي المتشعب بالأبعاد الاجتماعية والاقتصادية للعقد من خلال قانون حماية المستهلك، الذي يقوم على ضبط سلوك الأفراد وتنظيم العلاقات التعاقدية التي تربط ما بين المستهلك والمهني، فسواء هذه القواعد سنّها المشرع لتحقيق هذا الغرض تمتاز بالدقة والفعالية، أم أنها مجرد نظرية تعكس المفهوم العام للحماية القانونية¹، فقام بتطوير آلياته القانونية وكذلك الشأن بالنسبة للدور القضائي، إذ عمل على تعزيز سلطة القضاء التدخلية لمواجهة الإخلال العقدي بين الطرفين غير المتكافئين المستهلك والمورد مقدم الخدمة، وأصبح للقاضي الصلاحية الكاملة في استخدام سلطته التفسيرية لشروط العقد لصالح المستهلك، وفي تتبع توجه إرادة الطرفين، لكن دون الإخلال بقواعد التأويل المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود المغربي⁽²⁾.

ثانياً: توجيه تأويل العقد لصالح مستهلك الخدمة

قد تصاغ عقود الخدمات المبرمة مع المستهلكين في عبارات وصيغ مبهمة أو غامضة، أو تأتي شروطها متناقضة وغير متوافقة، وقد ينشأ الغموض من قلة خبرة أو عدم دراية المستهلك، وقد ينشأ من دعاية مفرطة يكون وراءها المورد مقدم الخدمة⁽³⁾.

والأصل في هذا طبقاً للقواعد العامة الواردة في القانون المدني، وخاصة المادة 473 من ق. ل. ع. م المشار إليها أعلاه، هو تفسير الشك لمصلحة المدين، غير أنه مع صدور قوانين الاستهلاك، فقد عملت التشريعات على تجاوز القاعدة التقليدية للتأويل، وتم النص على تأويل الشك لفائدة المستهلك، حيث ورد بالمادة 9 من قانون 31.08 من قانون تدابير لحماية المستهلك على أنه: "فيما يتعلق بالعقود التي يحرر جميع أو بعض

¹ - المهدي منير، مرجع سابق، ص 296.

² - المادة 16 من القانون 31-08 المتعلق بحماية المستهلك.

³ - محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 155.

شروطها المقترحة على المستهلك كتابة، يجب تقديم هذه الشروط وتحريرها بصورة واضحة ومفهومة، وفي حالة الشك حول مدلول أحد الشروط يرجح التأويل الأكثر فائدة بالنسبة للمستهلك"، وبالتالي نجد أن هذه المادة أعطت مطلق الصلاحية للقاضي في أعمال قواعد التفسير لفائدة المستهلك، فهو يمنح القضاء فرصة ترجيح كفة المستهلك في حالة ما انتاب علاقة المستهلك بمورد الخدمة أدنى شك، خاصة فيما يتعلق بمشتملات العقد⁽¹⁾، بغض النظر عما إذا كان دائنا أو مدينا مخالفة بذلك المقترضات التي كان ينص عليها الفصل 473 من ق. ل. ع. م، هذه الإمكانية القانونية الممنوحة للقضاء تساهم في تقوية المركز القانوني والتعاقدي للمستهلك الطرف في عقد خدمة استهلاكي محل المنازعة، وهذا يساهم في تحقيق الأمن التعاقدي، إنها آلية قانونية موضوعية ومسطرية خادمة للأمن التعاقدي، حيث أصبح من السهل على القاضي التدخل لبسط ولايته العامة لتعديل ما لا يتلاءم من هذه الشروط مع مقتضى عقد الخدمة الاستهلاكي⁽²⁾، وخاصة في عقد الإذعان حيث لم يعد مجبر على الاجتهاد بل عليه فقط تفعيل القاعدة القانونية.

وهو نفس التوجه الذي سلكه المشرع الفرنسي، حيث منح للقاضي السلطة الواسعة في تفسير العقد الاستهلاكي على النحو الذي يحقق حماية عقدية ناجعة للمستهلك، وكيفما كان نوع عقد الخدمة بما يحقق مصلحة المستهلك⁽³⁾، لاعتباره طرفاً مدعناً في العقد ولكن من خلال نظرية العقد الاستهلاكي، وسواء اتخذ هذا العقد شكل عقد استهلاكي نموذجي أو شكل عقد إذعان.

لذلك نادى بعض الفقه الفرنسي إلى ضرورة توحيد مبادئ التفسير القضائي للعقود النموذجية وأغلبها عقود إذعان، بحيث لا تؤدي حرية القاضي إزاءها إلى اختلاف

¹ - فيصل الغويطي، الحماية الإجرائية المقررة للمستهلك، رسالة لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية، تخصص القانون المدني، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، اكدال، الرباط، السنة الجامعية 2016-2017، ص 104.

² - فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 187.

³ - l'article 133-2 code Cons fr Dispose que : " les clauses des contrats proposées par les professionnelles aux consommateurs ... s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable aux consommateurs".

- Voir dans ce sens, Calais Auloy (J) et Stienmetz (F), op.cit, p 183.

الأحكام في شأن العقود ذاتها في النزاعات المختلفة⁽¹⁾، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 يناير 2003 إلى تطبيق مبدأ تفسير الغموض والشك لصالح المستهلك الذي تنص عليه المادة 133-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وقضت بتفسير الشك لمصلحة المستهلك في قضية جمعت بنك وزوجين لأجل الحصول على قرض، وحتى يتم الحصول عليه اشترط البنك على الزوجين اكتتاب تأمين، والشركة المؤمنة تكون مقترحة من طرف البنك، وهو الأمر الغالب لأنه يتعامل معها، أو شركة يختارها المقترض وهي حالات قليلة في الواقع، وتم اكتتاب التأمين وتضمن العقد شرطا يقضي بأن المقترض لابد أن يكون سنه أقل من 65 سنة عند اكتتاب التأمين، وهو الشرط الذي توفر لدى الزوجين عند الاكتتاب، لكن العقد تضمن صفحات كثيرة، وفي إحداها يوجد شرط آخر مدرج في بنود العقود، يقضي بأن التأمين لا يسري في حالة ما إذا توفي المؤمن له وهو يتجاوز سن 65 سنة، وهو الشرط الذي لم ينتبه له المستهلك (الزوجين).

إن الشرط الأول يكون حافزا لكي يوقع الزوجين على وثيقة التأمين، حيث أن المؤمن له (المقترض) يعتقد أن التأمين يبقى قائما إلى غاية حلول ميعاد سداد الدين، خاصة وأن أقساط التأمين تدفع دوريا، وبوفاة أحد الزوجين وهو يتجاوز سن 65 سنة، رفض المؤمن أن يكون ضامنا للدين دافعا بالشرط الذي يقضي بعدم سريان التأمين في حالة ما إذا أصيب المؤمن له بعجز دائم أو وفاة وهو يتجاوز 65 سنة، فقضت محكمة النقض الفرنسية⁽²⁾ بضرورة إعلام المستهلك من طرف المؤسسات المالية لصالح المستهلك التي تعتمد نظام التأمين، فلا يكفيها أن تسلم المتعامل معها، وفي هذه الوثيقة العقدية المتضمنة شروط التعاقد، وإنما عليها واجب إعلام المقترض بالشرط خاصة إذا اكتنفها غموض.

¹ - Fornag.(A.CH). op.cit. p 200.

² -Raymond (G), contrat de consommation, crédit à la consommation et l'obligation d'information , Revue juris-classeur, Paris, 2006, p 321.

فإذا كانت هناك بعض البنود التي لم يستطع فهمها المستهلك، فإنها تفسر لمصلحة هذا الأخير، وقد تكون النتيجة الوحيدة لهذا التفسير هي بطلان العقد، إلا أن بطلان العقد لا يتقرر إلا إذا كانت الأحكام التي لم يعلم بها أساسية أو جوهرية، كتعريف الخدمة أو نسبة الفائدة في عقد القرض...، أما إذا تعلق الأمر بأحكام قانونية فلا يبطل العقد، وإنما يتولى القاضي حسم الخلاف بشأنها، وهذا طبعاً يخدم المستهلك خاصة إذا كان في حاجة إلى استمرار الخدمة.

ولقاضي الموضوع السلطة التامة في تفسير عبارات العقد، وفهم نية المتعاقدين لاستنباط حقيقة الواقع فيها، وتكييفها التكييف الصحيح، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه متى كانت عبارة العقد تحتل المعنى الذي حصله، ويفهم من ذلك أن سلطة قاضي الموضوع في تفسير عبارات العقد لمصلحة المستهلك تثير مسألة من مسائل الواقع التي لا يجوز إثارتها أو الاتفاق على مخالفتها.

وقد استخدم القضاء المصري هذه الآلية في عقود الإذعان، حيث فسر غموض الشرط لصالح الطرف المذعن لأن تبعة هذا الغموض تقع على عاتق الموجب الذي انفرد بتحرير العقد، وكان المجال الخصب لهذه القاعدة عقود التأمين⁽¹⁾.

وقد تعزز هذا المكتسب التشريعي باعتبار كل شرط وارد في العقد الاستهلاكي، يمنح بموجب المورد لنفسه صلاحية تأويل العقد باعتباره تعسفياً ووجب حذفه، وهو ما نصت عليه المادة 18 في بندها الثالث عشر حيث جاء فيها: "تحويل المورد وحده في تأويل أي شرط من شروط العقد"، وتدرج هذه الحالة في إطار البنود التعسفية، ويظهر من حرفية النص موضوع الدراسة أن المشرع المغربي حاول حماية المستهلك من تعسف المهني في انفراده بحق التأويل لمصلحته، وهذا المقتضى مهم يفتح المجال أمام المستهلك لفتح دعوى حذف البنود التعسفية في حالة تحويل مورد الخدمة وحده الحق في تأويل شروط العقد لمصلحته في مرحلة تنفيذه، وما على مستهلك الخدمة إلا

¹ - عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 128، وقد أورد أمثلة متنوعة لأحكام القضاء في تطبيق تلك القاعدة بما يستفاد منه أن تفسير العبارات الغامضة إنما يكون لمصلحة الطرف المذعن، فيعفى الأخير من الشرط الذي يتناقض مع الآخر الذي يكون أكثر انطباقاً على نية المتعاقدين، وغلب في بعض التطبيقات الشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة، وذلك في مصلحة الطرف المذعن.

اللجوء إلى القضاء للدفع بتعسفية البند، ولن يتوانى القضاء في إبطال الشرط التعسفي لأن هذه المقتضيات من النظام العام.

الفقرة الثانية: وقف تنفيذ عقد الخدمة بسبب الظروف الطارئة

نظرا لكون الحياة المادية والظروف المالية للأشخاص، تخضع لتقلبات حياتية متأثرة بعوامل اقتصادية واجتماعية، فإن هذا الأمر يستدعي ضرورة مواكبة التنظيمات القانونية لمثل هذه الوضعيات، والتي قد تجعل المستهلك كطرف ضعيف في مأزق يصطدم من خلاله مع ظروف صعبة تعرقل تنفيذه لمضمون العقد الذي كان طرفا فيه⁽¹⁾.

وهكذا ومراعاة للظروف الاقتصادية والاجتماعية لمستهلكي الخدمات، وخاصة مستهلكي الخدمات البنكية المقترضين، فقد سمح المشرع المغربي إلى جانب القوانين المقارنة لهاته الفئة باللجوء إلى القضاء لطلب مهلة الأداء، لأنهم أطراف ضعيفة في عقد القرض الاستهلاكي، وتسمى في القانون المغربي بالإمهال القضائي، هذه المهلة التي تعد خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقود وتشكل وسيلة قضائية مهمة لتعديل العقد وتعزيز الأمن التعاقدي لمستهلكي هذه الخدمة، وذلك من خلال التلطيف من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، كما أنها تهدف إلى المحافظة على العقد، فعدم استطاعة المدين تنفيذ التزاماته في الحال قد يؤدي إلى فسخ العقد وما يترتب عنه من اضطراب في العقد، في حين أن تخويل القاضي هذه المهمة عن طريق إرجاء التنفيذ يحافظ على استمرار العقد، كما أنها تشكل وسيلة لخلق التوازن العقدي الذي اختل توازن أطرافه، كما أنها تعطي فرصة للمستهلك المقترض من أجل تدبير أزمته المالية دون ضياع حقوقه، وهذا يشكل قمة الحماية التي جاء بها القانون 31.08 المتعلق بتدابير لحماية المستهلك، ونظم أحكامها العامة في المادة 149 منه، فما هي الجهة القضائية المختصة بتدبير إشكالية الإمهال القضائي (أولاً)، ثم ضوابطه القانونية من حيث الشروط الواجب توافرها لاستفادة المستهلك المقترض منها (ثانياً)، وما هي الآثار المترتبة عن استفادة المستهلك من آلية الإمهال القضائي (ثالثاً).

¹ - خالد الفكاني، نظرة الميسرة، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2006-2007، ص 70.

أولاً: التحديد التشريعي للجهة المختصة بمنح الإمهال القضائي

تعتبر آلية الإمهال القضائي آلية قانونية مطورة لنظرة الميسرة التي تضمنتها قواعد قانون الالتزامات والعقود، هذه الأخيرة التي عرفت بكونها أجل يمنحه القاضي للمدين حسن النية لتنفيذ الالتزامات الحالة، إذا لم يتمكن من الوفاء بها لظروف تبرر ذلك⁽¹⁾، وقد تم إقرار مهلة الميسرة في التشريع المغربي بمقتضى الفقرة 2 من الفصل 243 ق. ل. ع التي جاء فيها: "... ومع ذلك، يسوغ للقضاة مراعاة منهم لمركز المدين ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه آجال معتدلة للوفاء، وأن يوفقوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها .."، وتتص كذلك المادة 1/ 1244 من القانون المدني الفرنسي على نفس المقتضى⁽²⁾، غير أن صياغة الفصل 243 تركت خلافاً حول الجهة المختصة المخول لها منح المهل القضائية، حيث جاءت الصياغة عامة مما ترتب عدة تأويلات وتضارب في المواقف الفقهية والقضائية بشأن الجهة المعنية بالبت في طلبات الإمهال القضائي⁽³⁾.

حيث أنه بالرجوع إلى صياغة الفصل 243 ف. ل. ع. م. يتضح أن منح مهلة الميسرة في ظل القواعد العامة من اختصاص من محكمة الموضوع، وذلك يعني أنه يجب التقدم بالطلب أثناء سريان الدعوى وقبل صدور الحكم، إلا أن القضاء المغربي أعطى تفسيراً واسعاً لهذا الفصل معتبراً أن النص يتوجه بخطابه للقضاة بما فيهم رئيس المحكمة، ولذلك تم قبول الطلبات المتقدمة بها بعد صدور الحكم واكتسابه قوة الشيء المقضي به⁽⁴⁾.

¹ - خالد الفكاني، نظرة الميسرة، مرجع سابق، ص 33.

² - l'article 1244/1 dispose que : " les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur et compte tenu de la situation économique accorder pour le paiement des délais qui emprunteront leur mesure aux circonstances sans toute fois dépasser un an. et seoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurent en l'état " .

³ - عمر أضرصر، الإمهال القضائي في الفقه الإسلامي والتشريع المدني المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2002/2003، ص 54.

⁴ - عمر قريوح، الحماية القانونية للمستهلك، مرجع سابق، ص 472.

وقد استقر العمل القضائي على منح رؤساء المحاكم لهذه المهلة في مرحلة التنفيذ⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه المغربي أنه ليس هناك في القانون ما يمنع تمكين المدين من الاستفادة من مهلة الميسرة بعد صدور الحكم، أو المقرر القضائي تطبيقاً للمادة 165 من قانون المسطرة المدنية، التي تنص على أنه: "يمكن أن ينص الأمر والقرار على منح آجال لصالح المدين للوفاء بالدين المحكوم به عليه"، وهذا ما تضمنه الأمر الاستعجالي الصادر بتاريخ 20 مارس 2000 والذي ورد فيه: "وحيث أنه من المعلوم أن القضاء المغربي وبغض النظر عن المقتضيات الفقهية الدائرة في هذا الموضوع، فإن القانون درج على إعطاء الاختصاص لقاضي المستعجلات قصد البث في الطلبات المتعلقة بالأجل الاسترجاعي"⁽²⁾.

لكن برجعنا إلى القانون 31.08 نجد أن المشرع المغربي قد تنبه إلى هذا الإشكال، حيث أتى بصياغة صريحة وواضحة تسند الاختصاص للبت في طلب الإهمال القضائي لرئيس المحكمة، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 149 منه على أنه: "يمكن ولاسيما في حالة الفصل عن العمل أو حالة اجتماعية غير متوقعة أن يوقف تنفيذ التزامات المدين بأمر من رئيس المحكمة المختصة".

وبذلك يكون المشرع قد حسم في تحديد الجهة المختصة بمنح الإهمال القضائي وحصرها في رئيس المحكمة تفادياً للخلاف الذي تركه الفصل 243 من قانون الالتزامات والعقود.

غير أن العبارة الواردة في الفقرة الثانية من المادة 149 التي جاء فيها: "يجوز للقاضي"، قد يفسرها البعض بقاضي الموضوع هو المعني بالبت في طلب الإهمال القضائي، إلا أننا نرى أنه لا داعي للقول بهذا الرأي، لأن العبارة أعلاه "تدل على رئيس المحكمة"، باعتبار أن الإهمال القضائي هو تدبير وقتي استثنائي، وثانياً لأن إصدار

¹- الأمر الاستعجالي رقم 5/625 الصادر في 21 دجنبر 1975، مجلة المحاكم المغربية، العدد 12 أبريل 1976، وكذلك أمر استعجالي رقم 13-86 بتاريخ 5 مارس 1986 صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بتارودانت، أورده عمر قريوح، مرجع سابق، ص 477.

²- الأمر الاستعجالي رقم 2000/77 الصادر في 20 ماي 2000، منشور بمجلة المعيار، العدد 25 و26، ص 360.

الأوامر من اختصاص القضاء الاستعجالي، وهذا الموقف هو الذي صارت عليه محكمة النقض المغربية في قرارها الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 2014/06/19 الذي جاء فيه: " لكن حيث أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما عللت قرارها بأنه إذا كان من حق المستأنفة الاستفادة من المهلة القضائية المنصوص عليها في المادة 149 من قانون 31.08 المتعلق بحماية المستهلك، فإن إيقاف التزامات المدين يتم بناء على أمر من رئيس المحكمة المختصة، تكون قد طبقت مقتضيات المادة 149 المذكورة تطبيقاً سليماً .. وأن عبارة يجوز للقاضي الواردة في الفقرة الثانية من الفصل المذكور، تعود على رئيس المحكمة باعتباره هو من يصدر الأوامر وليست محكمة الموضوع⁽¹⁾. وتعد الحماية المستعجلة للحقوق إحدى مداخل توفير الحماية الإجرائية بصفة عامة، وآلية لتعزيز الأمن التعاقدى للمستهلك خاصة في حالة تعرضه لصعوبات وظروف غير قادر على مواجهتها في مرحلة تنفيذ العقد، وقد أنشأ المشرع القضاء المستعجل إلى جانب القضاء العادي، بعدما رأى أن الاكتفاء باللجوء إلى القضاء العادي وما يستتبعه من إجراءات بطيئة غير منتجة⁽²⁾، خاصة في عقود الخدمات البنكية الاستهلاكية، حيث قد يترتب على سلوك المساطر العادية فسخ عقد القرض الاستهلاكي من طرف البنك، وما يترتب على ذلك من ازدياد استفحال الوضعية الصعبة للمستهلك الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، مما يفرض ضرورة الاستعجال للتدخل وفض المنازعات الاستهلاكية، في مدة تتجاوب وخصوصية محل النزاع، دون سلوك المسطرة العادية للتقاضي خارج مجال الاستعجال، وانتظار الآجال الطويلة والمعقدة، فالقضاء الاستعجالي يتولى اتخاذ إجراءات وقتية سريعة لصيانة مصالح الأطراف الضعيفة، وبالتالي فإن تدخل القاضي في إطار القضاء الاستعجالي بات مطلباً إجرائياً، وضرورة واقعية يستلزمها التعاقد الاستهلاكي، وبالنظر إلى أهمية القضاء الاستعجالي في التدخل في مجموعة من عقود الخدمات، كما هو الحال في حالة قطع الخدمة إذا كانت الخدمة من الخدمات الأساسية فإننا نعتقد أن أهم تدخل للقضاء الاستعجالي في مجال التعاقد

¹ قرار محكمة النقض عدد 1/366 بتاريخ 2014/06/19، ملف تجاري عدد 2014/3/520 قرار غير منشور.

² محمد لمعكشاوي، الوجيز في المساطر الخاصة بالاستعجال في قانون المسطرة المدنية، الطبعة الأولى، 2011، ص 21.

الاستهلاكي هو تأمين la sécurisation المستهلك المقترض في فترة الظروف الطارئة والفجائية من خلال منحه فرصة تدبير الأزمة غير المتوقعة.

ويبرز تدخل القاضي في هذا المجال في أهمية المهلة التي تمنح للمستهلك، بعد أن عرض على أنظار العدالة مهلة لأداء أقساط الدين، حيث تعتبر هذه المهلة بمثابة استراحة لالتقاط الأنفاس بعد أن أرهاقه التوقف الاضطراري عن الأداء، فيسمح له باسترجاع عافيته المادية والمعنوية.

كما في هذا التوقف توجيه مسطري قد يعود بالنفع على مصالح المستهلك، فبعد أن كانت دعوى التوقف عن الأداء جارية وسالكة لمسارها الطبيعي، والتي قد تنتهي بنهاية قد لا تسعف المستهلك في الاستفادة من نظام القرض، وقد تعصف بممتلكاته ومكاسبه في حالة صدور حكم بالجزاء وبالببيع بالمزاد العلني لاسترجاع مؤسسة الائتمان لمبالغ القرض وفوائدها مثلا، فيكون هذا التوجيه والتصويب من قبل رئيس المحكمة بصفة استعجالية تتناسب ودعوى التوقف عن الأداء مكسبا إجرائيا، وذلك حماية لطرف ضعيف يعاني من ظروف صعبة تستدعي هذا التدخل وذلك بموجب نصوص القانون⁽¹⁾.

وعليه فإن فلسفة الإمهال القضائي تقوم على منح القاضي سلطة استثنائية يستطيع بمقتضاها أن يمكن المقترض الذي حل ميعاد الوفاء بدينه، أجلا ليسدده فيه متى كان هذا الأخير يمر بظروف اقتصادية واجتماعية تبرر ذلك⁽²⁾.

وحرصا على البعد الحمائي للمهلة القضائية جعل المشرع سلطة القاضي في منح المهلة من النظام العام⁽³⁾، غير أن المشرع المغربي وحرصا هو ضمان استقرار المعاملات فقد أوجد ضوابط قانونية محددة لاستفادة المستهلكين المقترضين.

¹ - نجاة السعيد، حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الدراسية 2011 - 2011، ص 121.

² - عبد المهيمن حمزة، مرجع سابق، ص 425.

³ - حيث جعل المشرع المغربي الباب الثالث من النظام العام: حيث نصت المادة 151 من الفرع 6 من الباب الثالث على أنه: "تعتبر أحكام هذا القسم من النظام العام".

ثانيا: الضوابط القانونية لاستفادة المستهلك المقترض من الإمهال القضائي

بالرجوع على المادة 149 من 31.08 نجد أن السلطة التقديرية لرئيس المحكمة ليست مطلقة، بل أحاطها المشرع المغربي بمجموعة من القيود، وذلك حرصا على استقرار المعاملات وضمانا لتنفيذ الالتزامات من طرف المتعاقدين، وتتمثل هذه القيود في وجود ظروف استثنائية تتطلب تمتيعه بالمهلة القضائية أثرت على مركزه المالي (أ) وعدم وجود مانع قانوني لمنح المهلة القضائية (ب).

أ- وجود ظروف استثنائية مؤثرة في المركز المالي للمستهلك

ويعني هذا الشرط أن المحكمة لا تمنح مهلة للمستهلك المقترض إلا إذا كانت ظروفه الاقتصادية والاجتماعية تستدعي ذلك، كما يتعين على المدين أن يثبت أن حالته تستوجب إمهاله وقدرته على سد دينه فيما بعد، وأن توقفه عن الأداء راجع فقط إلى عارض مؤقت⁽¹⁾.

ويدخل في حكم الظروف الاستثنائية الفصل من العمل وكل حالة اجتماعية غير متوقعة⁽²⁾، من شأنها عرقلة استمرار تنفيذ المستهلك المقترض لعقد القرض وإحجابه عن أداء الأقساط الشهرية داخل الأجل القانوني.

كما أن المشرع لما تحدث عن الحالات الموجبة لمنح المستهلك المقترض الإمهال القضائي، فقد أورد تلك الحالات على سبيل المثال لا الحصر وترك السلطة التقديرية لرئيس المحكمة، ومن حالات الظروف الاستثنائية غير المتوقعة الإصابة المفاجئة بمرض مزمن الذي ترتب عنه فقدان العمل وهو ما أكدته أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2020/3/11⁽³⁾.

وأن هذا الأمر صدر بناء على طلب تقدم به شخص مقترض طرف في عقد قرض مع شركة القرض العقاري والسياحي حيث جاء فيه، "وحيث أن الدعوى رفعت في إطار القانون 31-08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك على أساس أن المدعي يعتبر مستهلك

¹-حسنة الرحموني، مرجع سابق، ص 328.

²-المادة 149 من القانون 31.08 المتعلق بتدابير لحماية المستهلك.

³-أمر استعجالي رقم بتاريخ 2020/3/11 ، ملف رقم 19/ 8101/ 929 المحكمة التجارية بفاس غير منشور.

لخدمات البنك المدعى عليه - المورد - المتعلقة بحصوله على قرض منه خصص لتمويل شرائه لشقة سكنية حسب الثابت من عقد البيع المضاف للملف.

وحيث خولت المادة 149 من القانون أعلاه لرئيس المحكمة المختصة البت في كل طلب يرمي إلى توقيف التزامات المدين اتجاه المقترض في حالة الفصل عن الخدمة أو حدوث حالة اجتماعية لم تكن متوقعة.

وحيث أنه لما كانت مقتضيات المادة 149 من القانون 31-08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك، التي خولت لرئيس المحكمة المختصة البت في كل طلب يرمي إلى توقيف التزامات المدين اتجاه المقترض قد علقت إمكانية استفادة هذا الأخير من توقيف مؤقت لاقتطاعات أقساط القرض على تعرضه لحالة اجتماعية لم تكن متوقعة أو بسبب فصله من العمل، والحال أن المدعي أدلى بشواهد طبية لإثبات إصابته بمرض عضال أقعده عن العمل وبشهادة إدارية صادرة عن السلطة المحلية بتاريخ 2019/10/25 تفيد كونه عاطل عن العمل ولا دخل قار له يسمح له بتجاوز الحالة الطارئة التي تعرض لها، وهي وضعية لم يثبت أنها تغيرت خلال المدة الأخيرة بتوقيف التزاماته تجاه المقترض عملاً بمقتضيات المادة 149 أعلاه، وذلك بإيقاف عمليات اقتطاع الأقساط لفائدة البنك المقرض لمدة معقولة قصد فتح المجال للمقترض لتجاوز ظرف فقده لعمله، مما يكون معه الطالب مؤسسا ويتعين الاستجابة له على أن لا تتجاوز مدة التوقف سنة ابتداء من تاريخ صدور هذا الأمر إلى غاية 12 مارس 2020.

وهكذا نجد أن القضاء الاستعجالي⁽¹⁾ يتفاعل بشكل ايجابي مع طلبات الإمهال القضائي، مما يعزز الأمن التعاقدي للمقترض من خلال مساعدتهم على تجاوز الظروف الاستثنائية.

¹ - هناك عدة أوامر استعجالية نذكر من بينها:

- أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بفاس بين مقترض مستهلك والبنك المغربي للتجارة الخارجية صادر بتاريخ 2020 /11/11 في الملف رقم 307 /8101 /20 ، غير منشور.
- أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بفاس بين التجاري وفابنك ومقترض طرد من عمله لإصابته بمرض مزمن صدر بتاريخ 2020/3/11 ملف رقم 2020/8101/32 غير منشور.

وهكذا فإن منح المستهلك المقترض إمهالا قضائيا يجب أن تكون هناك ظروف معقولة، ولا يدخل ضمن هذه الظروف الإحالة على التعاقد، وغيرها من الحالات التي لا تؤثر بشكل فجائي على الذمة المالية للمستهلك⁽¹⁾.

كما يتعين على قاضي المستعجلات البحث في أسباب توقفه عن دفع ديونه، فإذا كانت هناك مظاهر دالة على وجود إرادة حقيقية لديه للوفاء وأن هناك سبب جدي منعه من تنفيذ التزامه أمهله القضاء، وإذا تبين له بأن طلبه يرمي إلى المماطلة وربح مزيد من الوقت فلا مبرر لمنحه مهلة الميسرة، وهذه من الأمور التي أتيح للقضاء المغربي التأكيد عليها كما في حالة المطالبة بإمهال قضائي ثاني أو عدم كفاية المدة الممنوحة له بموجب الإمهال القضائي الأول، حيث جاء في الأمر الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بفاس الصادر بتاريخ 2020/2/5⁽²⁾ بين مستهلك طرف في عقد قرض عقاري مخصص لاقتناء سكنى وشركة البنك الشعبي، حيث جاء فيه: "وحيث يهدف طلب المدعي الأمر بتمديد إيقاف التزاماته الناتجة عن الدين المترتب في ذمته لفائدة المدعى عليها موضوع عقد القرض.

وحيث أن الظاهر من وثائق الملف، أنه سبق للمدعي أن استفاد من إمهال قضائي بموجب الأمر الاستعجالي الصادر بتاريخ 2019/1/9 إلى غاية نهاية دجنبر 2019 بخصوص القرض موضوع الطلب، وهو بذلك يكون قد استوفى حقه في الحصول على هذا الإمهال، ويبقى ادعائه بأن المدة الممنوحة له غير كافية مطالبا بتمديد لها لغاية انتهاء عطالته عن العمل أو تنفيذ الحكم لفائدته بالتعويض، غير مؤسس قانونا على اعتبار أن مهلة السنة التي منحت له سابقا كافية ليتدبر أمره خلالها، ذلك أنه لا يمكن ربط أجل الإمهال القضائي بزوال أسباب التوقف عن أداء أقساط، لما في ذلك من إخلال بما يتوخاه المشرع من تحقيق توازن بين مصلحة البنك ومصلحة زبونه، واعتبارا لذلك

¹ قرار محكمة النقض، الغرفة التجارية (القسم الثاني)، عدد 1305 المؤرخ في 2012/12/20، ملف تجاري عدد 2012/2/3/689، غير منشور.

² أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2020/2/5 في الملف رقم 19/8101/687، غير منشور.

وبالنظر إلى أن الطلب الحالي لا يستند على أية معطيات جديدة، يمكن اعتبارها سببا مبررا للقول بتوافر شروط المادة 149 من قانون حماية المستهلك".

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الأمر الاستعجالي المشار إليه أعلاه، وذلك للاعتبارات

التالية:

- أن الظروف التي أصبح يواجهها المستهلك المقترض طالب الإمهال الثاني أصبحت معلومة وارتفعت عنها صفة الفجائية.

- أن من شأن السماح بالاستفادة من إمهال قضائي ثاني خلق ثقافة التراخي في تنفيذ العقود، وبالتالي سيضر بالالتزامات التعاقدية، وهذا ما سيجعل معاملات القرض تصاب بالهشاشة، وتخلق ظاهرة اقتصادية تؤثر على الاقتصاد الوطني، كما سيدفع البنوك إلى اتخاذ إجراءات قاسية إزاء المستهلكين طالبي القرض، أو البحث عن ابتكار آليات تعسفية غير مشروعة لضمان الوفاء، وهذا بالتبعية يضر بالأمن التعاقدي لمستهلكي خدمة القرض، خاصة إذا كان المقترض سيء النية، أما إذا أثبت المقترض حسن نيته وكون رئيس المحكمة قناعته خاصة إذا كان عدم الوفاء راجع إلى قصر المهلة الاتفاقية التي لا تتناسب ودرء الظروف القاهرة التي تعترضه بالرغم من أنه حاول ذلك جاهدا، وبالتالي فما على المستهلك هو إثبات حسن نيته بكل ما أتيح له من وسائل ممكنة، بينما يبقى للقاضي السلطة التقديرية في استخلاص ما يدعيه، بناء على معطيات وظروف النازلة، وموجب القول أن حسن النية يتطلب ضرورة الإخلاص والأمانة في الوفاء بالدين، ويتمظهر ذلك من خلال الإرادة المصممة على التنفيذ الجاد واتخاذ الاحتياط اللازم للقيام بالوفاء في وقت استحقاق الدين⁽¹⁾.

ونسجل في هذه النقطة أن المشرع المغربي تجاوز نقائص الفصل 243 من قانون الالتزامات والعقود، والذي لم يكن يمنح للمحكمة صلاحية الاعتبار بالظروف الاقتصادية العامة للبلاد، كما هو عليه الأمر بالنسبة للتشريع الفرنسي بمقتضى المادة

¹- عمر اضضرر، مرجع سابق، ص 102،

ينظر أيضا: عبد الرحمن الشرقاوي، مساهمة القضاء المدني في حماية المستهلك، مقال منشور بالمجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد مزدوج 11/10، 2010، ص 131.

L243 ، الذي خول للمحكمة صلاحية مراعاة الحالة الاقتصادية العامة للبلاد عند منح المدين أجلا للوفاء .

ونعتقد أن القاضي يمكنه استثمار الصيغة المرنة للمادة 149 التي تتحدث عن الحالة الاجتماعية غير المتوقعة، واتخاذها سببا لمنح الإمهال القضائي، وهذا من شأنه أن يوسع من نطاق الحماية لمستهلكي خدمة القرض، ويؤثر ذلك إيجابا على الأمن التعاقدي، خاصة وأن نسبة التضخم التي أصبح يعاني منها الاقتصاد الوطني، أصبحت تؤثر فعلا على القدرة الشرائية للمواطنين وعلى الوفاء بالتزاماتهم، وخاصة في ظل جائحة كورونا⁽¹⁾، الذي عرف انقطاع مجموعة من عقود الشغل بسبب إغلاق المقاولات، وكذلك دخول بعضها في وضعية الصعوبة الاقتصادية.

وبخصوص مدة الإمهال القضائي، فإن المشرع المغربي وإسوة بنظيره الفرنسي حدد مدة المهلة القضائية في أجل أقصاه سنتين، وترك للمحكمة الحرية المطلقة في تحديد أجلها شريطة أن لا تتجاوز هذا السقف، وهو ما يقتضي معه ضرورة إشارة المحكمة إلى تاريخ بدء سريانها، لمعرفة ما إذا كان الحد الأقصى المفروض قانونا قد تم احترامه أم لا⁽²⁾.

كما يعتبر مبدأ حسن النية شرطا جوهريا لتمكين المقرض من مهلة للأداء، وهو مبدأ مفروض وجوده إلى أن يثبت العكس استنادا لما يقتضيه الفصل 477 من ق. ل. ع. م⁽³⁾.

وعليه فمتى تبين للمحكمة أن المستهلك المقرض هو شخص جدير بالحصول على مهلة للأداء، وذلك كأن لم يعبر صراحة أو ضمنا عن امتناعه عن التنفيذ وأن التسديد الفوري سيلحق به ضرر بليغا، فإن لرئيس المحكمة أن يأمر بمنحه أجلا مناسباً للوفاء،

¹ - حيث ترتب على فرض حالة الطوارئ الصحية وتمديدها في ظل التدابير المتخذة للتقليل من انتشار جائحة كورونا، وفي ظل إغلاق الحدود البرية والجوية وتباطؤ الاستيراد والتصدير، أن اضطر مجموعة من المقاولات والشركات إلى الإغلاق أو تقليص عدد العمال، مما نتج عنه تأثر فئات عريضة من هذه الجائحة، فأصبحوا متوقفين عن الوفاء بالتزاماتهم.

² - محمد عماري، دور القاضي في حماية المستهلك عند تطبيقه لقانون الالتزامات والعقود المغربي، بحث لنيل دبلوم الماستر في الدراسة المينودولوجية لقانون الالتزام التعاقدي و العقار، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2007-2008، ص 89.

³ - حيث نص الفصل 477 من قانون الالتزامات والعقود على أن حسن النية يفترض دائما ما لم يثبت العكس.

أما إذا تبين أنه سيء النية وأن طلبه كان فقط يرمي إلى المماطلة والتسويق فإنه على المحكمة لا تستجيب لطلبه⁽¹⁾.

ب- عدم وجود نص قانوني مانع للإمهال القضائي

إن استفادة مستهلك الخدمة من الإمهال القضائي كآلية حمائية استثنائية، لما تواجهه ظروف استثنائية أرهقته على أداء أقساطه داخل الأجل القانوني، كآلية حمائية رهين بعدم وجود نص قانوني يمنع منح الإمهال القضائي.

ومن بين النصوص التي تمنع إعطاء المدين مهلة الميسرة في القانون المغربي المادة 231 من مدونة التجارة التي نصت في فقرتها الثانية على أنه: "لا يمنح أي إمهال قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 196 و 207 والأمر نفسه ينطبق على الشيك⁽²⁾ والسند لأمر⁽³⁾".

وهو نفس التوجه الذي ذهب إليه المشرع المصري في المادة 156 من القانون التجاري المصري والتي جاء فيها: "لا يجوز للقاضي أن يعطي مهلة لرفع قيمة الكمبيالة"، وحيث أن توقيع المستهلكين على مثل هذه الأوراق التجارية، كانت في الواقع ممارسة مستعملة من طرف جل مؤسسات الائتمان والتي تحصل عليها كضمانة للقرض، كما أنها كانت آلية مانعة لمطالبة المستهلك بمهلة الميسرة في ظل القواعد العامة، ولو توفرت فيه كافة شروط منح مهلة الميسرة، مما يتبين لنا خطورة هذه الأوراق على المصالح المالية للمستهلكين.

غير أننا بالرجوع إلى قانون تدابير حماية المستهلك، نجد أن المشرع المغربي فإضافة إلى تمكين المستهلك المقترض الذي يوجد في وضعية صعوبة مالية خارجة عن إرادته من الإمهال القضائي، فإنه أحاطه بضمانة مهمة وهي حظره استغلال مؤسسات

¹ - زازية بنداوي، خصوصيات التقاضي في منازعات الاستهلاك، بحث لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعي، اكدال، الرباط، السنة الجامعية 2016-2017، ص 52.

² - نصت المادة 304 من مدونة التجارة على أنه: "لا يمنح أي إمهال قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادة 291".

³ - نصت المادة 234 من مدونة التجارة: على أنه "تطبق على السند لأمر كلما كانت لا تتنافي وطبيعة السند ... الأحكام المتعلقة بالكمبيالة بصدد حساب الأجل والإمهال القضائي".

الائتمان لهذه النصوص المتعلقة بالأوراق التجارية، التي تمنع إعطاء مهلة قضائية عند حلول أجل استحقاقها، وذلك بإلزام المقترضين بالتوقيع عليها، ومن جهة أخرى حرمانهم من الاستفادة من المهلة القضائية⁽¹⁾.

حيث قرر المشرع بطلان مثل هذه المعاملات وهو ما نصت عليه المادة 150 من القانون 31.08 حيث ورد فيها: "دون المساس بأحكام المادة 164 من القانون 15.95 المتعلق بمدونة التجارة تعتبر باطلة الكمبيالات والسندات لأمر الموقعة أو المضمونة احتياطيا من لدن المقترض عند القيام بعمليات القرض الخاضعة لأحكام هذا القسم".

وهذا المقترض من الحسنات التي جاء بها المشرع المغربي والذي سيشكل ضمانا للتوظيف الأمثل لآلية الإمهال القضائي، من خلال منع إفراغها من محتواها بإلزام المستهلكين بتوقيع أوراق تجارية كضمان، كما أنه يشكل مدخل قانوني يعطي صلاحية التدخل الإيجابي للقاضي لمنع هذه الممارسة في علاقة موردي خدمة القرض بمستهلكي الخدمة المقترضين، مما سيعزز الحماية العقدية للمستهلك المقترض في الظروف الصعبة التي يمر منها، وهكذا صدر أمر قضائي بتاريخ 2017/3/24 برفض طلب أداء دين سند لأمر تقدمت به مؤسسة ائتمان شركة أكسا سلف ضد مقترض مستهلك حيث جاء فيه:

"وحيث أن الظاهر من مقال المدعية أنها مؤسسة تمويلية متخصصة في منح القروض لزبنائها، وأن السند لأمر موضوع الطلب تسلمته المطلوب ضده بسبب قرض حصل عليه منها، وهو بذلك يخضع لأحكام القانون المنظم لتدابير حماية المستهلك رقم 31.08.

¹- عبد المهيمن حمزة، حماية المستهلك في القروض العقارية، مسألة الاختصاص والمهلة القضائية نموذجا، تعليق على أمر صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 13/150 بتاريخ 12 فبراير 2013 في الملف الاستعجالي عدد 2012/8/966، مرجع سابق، ص 233.

وحيث أنه طبقا للمادة 150 من القانون أعلاه ،تعد باطلة كل الكمبيالات والسندات لأمر الموقعة أو المضمونة احتياطيا من لدن المقرض عند القيام بعمليات القرض طبقا لأحكام القانون المذكور.

وحيث أنه اعتبارا لذلك يكون السند دين الذي هو أساس مطالبة المدعية غير ذي أثر قانوني، ويتعين تبعا لذلك التصريح برفض طلبها المقدم في هذا الشأن لعدم ارتكازه على ما يبرره قانونا⁽¹⁾.

ثالثا: الآثار المترتبة عن الإمهال القضائي

يترتب على استفادة المستهلك من الإمهال القضائي وقف تنفيذ التزامات المستهلك المقرض (أ) وسقوط حق المقرض في فوائد التأخير طيلة مدتها (ب).

أ- وقف تنفيذ التزامات المستهلك المقرض

يجد هذا المقرض الاستثنائي أساسه في الفقرة الأولى من المادة 149 من القانون 31-08 المتعلقة بالإمهال القضائي، والتي أجازت لرئيس المحكمة إمكانية الأمر بإيقاف تنفيذ التزامات المدين المتوقف على الأداء بفعل ظروف غير متوقعة، وهو ما أكدته أمر استعجالي للمحكمة الابتدائية بمكناس بتاريخ 2013/2/12⁽²⁾ حيث ورد فيه "وتطبيقا للمادة 149 من ظهير 2012/2/18 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك ... نأمر بإيقاف التزام المدعي المتمثل في أدائه لباقي الأقساط المستحقة عن عقد القرض العقاري الذي أبرمه مع المدعى عليها، مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية"، وقد جاء أيضا في أمر استعجالي للمحكمة التجارية بفاس³ بتاريخ 2020/14/18 " نأمر المدعى عليها بتمتع المدعية بالإمهال القضائي، وذلك بوقف اقتطاع الأقساط الحالة المحددة بعقد القرض المبرم بينهما ابتداء من تاريخ صدور هذا الأمر إلى غاية تاريخ نونبر 2021، دون أن تحسب في شأنها فوائد التأخير على أن يستأنف اقتطاع الأقساط المستحقة

¹-أمر قضائي بتاريخ 2017/3/24 ، ملف رقم 2017/8102/139 صادر عن المحكمة التجارية بفاس، غير منشور.

²-أمر استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 150/13 بتاريخ 2013/2/12، منشور بالمجلة المغربية للقانون الاقتصادي، عدد مزدوج 5-6، 2013، ص 252.

³- أمر استعجالي صادر عن المحكمة لتجارية بفاس بتاريخ 20120/11/11 ، ملف عدد 20/8101/307، غير منشور.

للمدعى عليها طيلة فترة الإمهال القضائي المذكورة أعلاه بعد أداء آخر قسط متفق عليه في العقد الأصلي، وذلك وفق شروط العقد المذكور مع شمول الأمر بالتنفيذ المعجل".
وجدير بالذكر أن المورد المقرض لا يمكنه إقامة دعوى الأداء إلا بعد سلوك مسطرة الوساطة⁽¹⁾، تطبيقاً للمادة 111 من قانون 31.08 والتي جاء فيها: "إذا كان عدم تسديد الأقساط ناتجا عن الفصل من العمل أو عن حالة اجتماعية غير متوقعة فإن إقامة دعوى المطالبة بالأداء لا يمكن أن تتم إلا بعد إجراء عملية للوساطة"، وهي إجراء وجوبي ألقاه المشرع على عاتق المورد المقرض قبل سلوك الدعوى القضائية.
وإضافة إلى وقف تنفيذ التزامات مستهلك الخدمة يجوز للقاضي علاوة على ذلك، أن يحدد في الأمر الصادر عنه كيفية أداء المبالغ المستحقة عند انتهاء أجل وقف التنفيذ، دون أن تتجاوز الدفعة الأخيرة الأجل الأصلي المقرر لتسديد القرض بأكثر من سنتين، غير أن له أن يؤجل البت في كيفية التسديد المذكورة إلى حين انتهاء أجل وقف التنفيذ⁽²⁾.

وبالرجوع إلى التطبيق القضائي الفرنسي، فقد دأبت محكمة النقض الفرنسية على عدم تطبيق الشروط العقدية التي تسمح باستحقاق كافة الأقساط المستحقة عند عجز المقرض عن الأداء، نتيجة لمنح المقرضين أجالا للوفاء⁽³⁾.

كما أن القضاء الفرنسي طور اجتهادا قضائيا في هذا الموضوع جدير بالتقدير والإشادة، فقد قرر أنه في حالة وقف تنفيذ التزامات المقرض لمدة معينة، لا يمكن

¹ تعتبر الوساطة البنكية تجربة فريدة ومتطورة عرفها القطاع البنكي المغربي منذ السابع من دجنبر 2009، أطلق العمل بنظام للوساطة، ويهدف إلى تسوية النزاعات بين مؤسسات الائتمان ووزبنائها، وذلك بناء على توصية من بنك المغرب في إطار الظهير الشريف رقم 169-2007 الصادر بتاريخ 30 يونيو سنة المنظم للوساطة الاتفاقية، حيث تم إقرار ميثاق البنوك المتعلق بإحداث مؤسسة الوساطة البنكية، وقد توجت التجربة بإلغاء الميثاق وتأسيس المركز المغربي للوساطة البنكية، الذي تمت المصادقة على نظامه الأساسي خلال المجمع التأسيسي بتاريخ 26 يونيو 2013 للتوسع في هذا الموضوع يرجع:

- مهدي عزوزي، تسوية نزاعات الاستهلاك في ضوء قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك، منشورات مجلة الحقوق، الطبعة الأولى 2013، ص 147.

- محمد المكي، الوساطة البنكية، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 27 ماي 2015، ص 104.

² - الفقرة الثانية من المادة 149 من القانون 31.08.

³ - قرار صادر بتاريخ 24 فبراير 1987 عن محكمة النقض الفرنسية، أوردته حسنة الرحموني، مرجع سابق، ص 335.

للمقرض عند نهاية هذه المدة المطالبة بمبالغ الأقساط المستحقة طيلة فترة المهلة القضائية دفعة واحدة، بل قضى بأن آجال الأقساط تؤجل كاملة بنفس مدة وقف التنفيذ الممنوحة⁽¹⁾، تسمح هذه القاعدة بالحفاظ على الذمة المالية للمقترضين والحرص على عدم الإيقاع بهم في مشكلة العجز التام عن الأداء، بسبب تجمع المستحقات ودفعها مرة واحدة أو تكثيف آجال الاستحقاق في مدة قصيرة، وهذا المقتضى يقوي من فرص تنفيذ العقد، ومن أمل المستهلك في العودة الطبيعية للأداء دون السقوط في أزمة تنفيذ العقد، الأمر الذي من شأنه أن يضر بالأمن التعاقدى.

ب- الإعفاء من الفوائد

وكذلك من آثار منح الإمهال القضائي سقوط الفوائد، حيث نجد أن المشرع من خلال المادة 149 من قانون 31.08 قد أعطى لرئيس المحكمة إمكانية إسقاط الفوائد المترتبة عن التوقف عن الدفع طيلة فترة المهلة القضائية، غير أنه ما يعاب على المشرع المغربي في هذه النقطة عدم جعل هذه الآلية إلزامية حتى يكون لها الأثر الفاعل ضد الممارسات المضرة بمستهلك خدمة القرض، ونرى بأنه وضمانا لتخفيف العبء على المستهلك المقترض، فإن القضاء مطالب بالحكم بسقوط الفوائد لتخفيف العبء على المستهلك، وذلك حتى يسترد عافيته المالية، وأيضا حتى لا يتحمل إجراء عقابيا مبطنا عن التخلف عن أداء مستحقات القرض بسبب خارج عن إرادته.

ونشير أيضا أنه إذا كان توقيف التزامات المقترض أثناء مدة المهلة القضائية، هو إجراء حمائي بامتياز، وضمانة قوية تعزز مركزه في مرحلة تنفيذ العقد، وآلية تكرس مبدأ الأمن التعاقدى للمستهلك المقترض، من خلال ترجيح الإرادة القضائية على الإرادة العقدية وتغليب المصلحة العامة على المصالح الفردية، فإن مبدأ استقرار المعاملات وحماية حقوق الدائن يسمح لهذا الأخير بالقيام بالإجراءات التحفظية ضمانا لاستيفاء دينه طبقا للفصل 138 من ق. ل. ع. م⁽²⁾.

¹ -Limoges .18 Mars 1987, le code de la consommation , édition 2004, op.cit, p 235.

² - يجوز للدائن بدين مقترن بأجل أن يتخذ ولو قبل حلول الأجل كل الإجراءات التحفظية بحفظ حقوقه أو أو أن يلجأ إلى الحجز التحفظي، إذا كانت له مبررات معتبرة تجعله يخشى إفسار المدين أو فراره.

وأخيرا نقول إن آلية الإمهال القضائي كآلية قضائية استثنائية منحها القانون للمستهلك المقرض، تشكل ضمانا هامة لتعزيز أمنه التعاقدية في مواجهة مورد قوي لا يعرف إلا تحقيق الأرباح، وهي فرصة لتجاوز ظروف غير متوقعة يجب اللجوء إليها بحسن نية، كما أن القضاء مطالب بتفعيل مقتضياتها وضماناتها تحقيقا للغاية المرجوة من إقرارها لصالح المستهلك، وخاصة حماية المصالح الاقتصادية للمستهلك التي قد تصبح مهددة بسبب الآثار الاجتماعية المترتبة عن فسخ القرض الاستهلاكي.

الفرع الثاني: تفعيل حق تمثيلية المستهلك الخدمة آلية لتعزيز الأمن التعاقدية.

لا شك أن خروج قانون حماية المستهلك إلى حيز الوجود، شكل أهمية قصوى على مستوى تعزيز الحماية القضائية للمستهلك وتعزيز مركزه التعاقدية وضمان التوازن العقدي، وهذا طبعا سيؤثر إيجابا على تقوية ضمانات الأمن التعاقدية خاصة لمستهلكي الخدمات، حيث أصبح مستهلك الخدمة في ظل القانون المغربي مركز التضامن من طرف هيئات اعترف لها القانون بصلاحيات الدفاع عنه، من خلال الاعتراف بحقه في التمثيلية *droit de représentation*، وهذه التمثيلية لم تكن إدارية فقط وإنما تمثيلية قضائية.

واستنادا لهذا الحق أصبح للمستهلك آليات دفاعية وحماية قانونية وقضائية لمواجهة التعسف الاقتصادي للمهني.

ولقد أقر المشرع المغربي على غرار القوانين المقارنة وخاصة القانون الفرنسي بحق تمثيلية المستهلك، من خلال منح هيئات المجتمع المدني وخاصة جمعيات حماية المستهلك، وحق التمثيلية هو نتاج التوسع في النظام العام الحمائي وتطبيق مرن للمبدأ التقليدي لمبدأ الأثر النسبي للعقد¹.

وقد نشأت في المغرب عدة جمعيات لحماية المستهلكين فبعضها يهتم بقضايا الاستهلاك بصفة عامة²، وبعضها الآخر يهتم بحماية المستهلكين في قطاعات معينة، أي

¹ - غيثة ذكراوي، مرجع سابق، ص 290.

² - من بين الجمعيات التي تنشط في قضايا الاستهلاك بصفة عامة:

أنها لضحايا متخصصة من فئات المستهلكين كالجمعية المغربية لضحايا القروض الاستهلاكية المنشأة سنة 2000 والجمعية المغربية لمستعملي الخدمات البنكية.

فأمام الانشغالات الكثيرة للمؤسسات الإدارية والقضائية، يلتجئ المستهلك للجمعيات لمساعدته على توفير حماية له إداريا وقضائيا، مما يعزز المركز القانوني لمستهلكي الخدمات، من خلال خلق تكتل قوي قادر على الترافع قانونا ومواجهة تعسفات الموردين العقدية والدفاع عن حقوقه الاقتصادية، مما يعزز بشكل كبير الأمن التعاقدى للمستهلك خاصة في حالة المنازعة العقدية الاستهلاكية.

وقد حدد المشرع المغربي بموجب قانون حماية المستهلك أمام القضاء عدة ضوابط قانونية، لممارسة الجمعيات دور تمثيلية المستهلك (المبحث الأول)، هذا الدور التمثيلي يتمظهر في ممارسة الجمعيات للدعوى القضائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الضوابط القانونية لضمان حق تمثيلية المستهلك

من طرف الجمعيات.

رغم الاعتراف القانوني الصريح لحق المستهلك في التمثيلية من طرف المستهلك، إلا أن المشرع المغربي وعلى غرار باقي قوانين الاستهلاك المقارنة، قام بوضع ضوابط قانونية ملزمة لممارسة الجمعيات حق ولوجية الجمعيات إلى التقاضي دفاعا عن المصالح الفردية والجماعية للمستهلك، إلا أن ذلك له ما يبرره، إذ هدف المشرع إلى تحقيق التوازن ما بين مصالح المستهلك ومصالح المورد وحماية الاقتصاد الوطني من التأثيرات السلبية الناجمة عن الممارسة العشوائية لحق التمثيلية.

لأجل ذلك استلزم ممارسة الجمعيات لحق التقاضي دفاعا عن مستهلكي الخدمات بشروط عامة (المطلب الأول)، وشروط خاصة بالتقاضي لاكتساب صفة الادعاء (المطلب الثاني).

-
- الجامعة المغربية لحقوق المستهلك والتي تنضوي تحتها عدة جمعيات منتشرة على الصعيد الوطني ومنها:
 - الجمعية المغربية للمستهلكين بالدار البيضاء سنة 1993.
 - العصبة الوطنية لحماية المستهلكين بمكناس سنة 1996.
 - الجمعية المغربية لحماية وتوجيه المستهلك.

المطلب الأول: الشروط العامة لممارسة الجمعيات الدور التمثيلي

دفاعا عن مصالح مستهلك الخدمة.

تتمثل الشروط العامة في أن تكون الجمعية تعمل بشكل حصري في مجال حماية المستهلك (الفقرة الأولى) والتوفر على نظام أساسي نموذجي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: العمل الحصري في مجال حماية المستهلك.

بالرجوع إلى القانون المغربي لحماية المستهلك نجد أن المشرع لم يعط للجمعيات صلاحية القيام بالدور التمثيلي للمستهلك على إطلاقه، وإنما قيده بأن تكون الجمعية تعمل حصريا في مجال حماية المستهلك، حيث جاء هذا التقييد في مضمون المادة 154 من قانون حماية المستهلك الذي نص على أنه: "....يجب أن يكون غرضها المنصوص عليه في نظامها الأساسي هو حماية مصالح المستهلك حصريا"، وبذلك يكون المشرع قد ألزم الجمعيات التي تعنى بشؤون المستهلك وتمثيله أمام القضاء المختص، والصيغة وجوبية وليست اختيارية، وبمفهوم المخالفة فإن الجمعيات التي يخرج دورها عن هذا الغرض أو الهدف لا تعتبر جمعية لحماية المستهلك¹.

كما أضافت المادة 153 من نفس القانون أعلاه مجموعة من القيود الأخرى حيث جاء فيها: "لا تعتبر جمعية لحماية المستهلك حسب مدلول هذا القانون:

- الجمعية التي تضم بين أعضائها أشخاصا مغنويين يزاولون نشاطا يهدف إلى الحصول على ربح².
- تتلقى مساعدات أو إعانات من مقاولات أو مجموعة مقاولات تزود المستهلك بسلع أو منتجات أو تقديم خدمات.
- تقوم بالإشهار التجاري أو بإشهار لا يكتسي طابعا إعلاميا صرفا فيما يخص السلع أو المنتجات أو الخدمات.
- تتولى القيام بأنشطة أخرى غير حماية مصالح المستهلك.
- تهدف إلى تحقيق غرض يكتسي طابعا سياسيا".

¹ - المهدي العزوزي، مرجع سابق، ص 157، ينظر كذلك، زازية بنداوي، مرجع سابق، ص 13.

² - وهذا الشرط من المبادئ العامة في قانون تأسيس الجمعيات.

ونرى بأنه حسنا ما فعل المشرع لما حصر الجمعيات المخول لها ممارسة حق التمثيلية، في جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء، بوجوبية حصر غرضها في الدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين، لأنه من شأن فتح الباب أمام الجمعيات بصفة عامة أن يستغل هذا الاختصاص القانوني لتحقيق مآرب شخصية¹، ويؤدي إلى العشوائية والابتزاز لأجل تحقيق أرباح مالية لأعضائها تحت ستار الدفاع عن المستهلكين، إضافة إلى انشغالاتها الأخرى مما سيهدم الغاية التشريعية من الاعتراف القانوني للجمعيات الممارسة لصلاحيه التقاضي في المساهمة في تعزيز الحقوق القضائية للمستهلكين، كما أن نجاعة الحماية التعاقدية للمستهلكين تقتضي أن تكون الجمعيات من الأشخاص الذين لهم دراسة وإلمام بالشؤون القانونية للاستهلاك، كما هو الحال في فرنسا حيث تتكون الجمعيات أساسا من ممثلين للفئات المختلفة من المستهلكين ولفيف من بعض رجال القضاء والإدارة أو المكانة الرفيعة كأساتذة الجامعات ورجال القضاء والمحامون وغيرها من الأشخاص الذين لهم خبرة في مجال حماية المستهلك، والقدرة والرغبة في مساعدة هذه الجمعيات والمساهمة في تحقيق أغراضها والمشاركة في خدمة المستهلكين².

وبناء على ما تقدم، تتعدد سبل الجمعيات في حماية مصالح وحقوق المستهلكين إضافة إلى دور التقاضي، حيث قد تتبع الجمعيات في دفاعها عن المصلحة الجماعية المشتركة للمستهلكين طريق الإعلام، حيث التوعية والدعاية المضادة والامتناع عن الشراء أو الامتناع عن الدفع³، وإضافة إلى أن يكون الجمعية غرضها هو حماية المستهلك لا بد من توفر الجمعية على نظام أساسي نموذجي.

¹ - هاجر فوزي، القواعد القانونية العامة للعقود الاستهلاكية في ضوء القانون 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2014-2015، ص 167.

² - Calais Auloy (J), les actions en justice des associations des consommateurs, commentaire de la loi du 5.janv.1988,Dalloz.sery,1989.p152.

³ -Ibid.p153.

الفقرة الثانية: التوفر على نظام أساسي نموذجي.

بالرجوع إلى المادة 154 من قانون تدابير لحماية المستهلك نجدها تنص على أنه:

"... وأن تكون خاضعة لأنظمة أساسية مطابقة لنظام أساسي نموذجي يحدد بنص تنظيمي"، وهكذا فإن المشرع أكد على شرط خضوع الجمعيات التي تسعى إلى الدفاع عن المستهلك لنظام أساسي نموذجي، وتكمن العلة في إقرار هذا الشرط في تمكين الإدارة الوصية من رقابة الحركة الاستهلاكية، والحد من كل ما من شأنه أن يفقد الغرض الحصري الذي يمكن أن تنبني عليه جمعيات حماية المستهلك¹.

والرجوع إلى النص التنظيمي فقد أصدر المشرع المغربي المرسوم التطبيقي رقم 2-12-462 القاضي بتحديد النظام الأساسي النموذجي لجمعيات حماية المستهلك² التي يمكن الاعتراف لها بالمنفعة العامة، وتتمثل هذه المقتضيات الواجب الإشارة إليها في النظام الأساسي النموذجي لجمعيات حماية المستهلك كما وردت في المرسوم فيما يلي:

- التأسيس والتسمية والمدة وحدود تصرف الجمعية.
- أهداف ومهام الجمعية المعنية والتي يجب أن تتضمن أهدافها بشكل حصري إلى حماية المستهلك، سواء في قطاع استهلاكي معين أو بشكل عام.
- شروط الانخراط في الجمعية وكذا شروط العضوية فيها.
- تحديد أجهزة الجمعية واختصاصاتها.
- حلها واستغلال أصولها مع التصريح بها لدن المصالح المختصة.

¹ - المهدي العزوزي، مرجع سابق، 157.

² - مرسوم رقم 2-12-462 بتحديد النظام الأساسي النموذجي لجمعيات حماية المستهلك التي يمكن الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة، الجريدة الرسمية عدد 6107-25 محرم 1435 (10 دجنبر 2012)، ص 6279.

المطلب الثاني: الحصول على صفة المنفعة العامة أو الإذن

بالتقاضي.

لقد استوجب القانون المغربي ضرورة حصول الجمعيات على صفة المنفعة العامة لممارسة حق التقاضي، دفاعا عن مصالح المستهلك التعاقدية كأصل (الفقرة الأولى)، غير أن رغبة المشرع بتوسيع نطاق الجمعيات والتعامل المرن معها نظرا لصعوبة حصول الجمعيات على صفة المنفعة العامة فقد اشترط حصول الجمعية غير المتوفرة على صفة المنفعة العامة على الإذن بالتقاضي طبقا للشروط المحددة في هذا القانون كاستثناء (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ضرورة توفر الجمعية على صفة المنفعة العامة.

يبقى اللجوء إلى القضاء من طرف مستهلك الخدمة، من الأمور المتاحة له بمقتضى القانون من أجل استرجاع حقوقه وإلزام موردي الخدمات بتنفيذ التزاماتهم، غير أنه غالبا ما يعزف عن اللجوء إلى القضاء وذلك لعدة أسباب من أهمها:

- السبب الثقافي: حيث لا يعرف أغلبية المستهلكين الحقوق المكفولة لهم قانونا في مواجهة المهنيين، إضافة إلى السبب المادي حيث يضطر مستهلك الخدمة إلى قبول الالتزامات المجحفة دون اللجوء إلى القضاء¹، ونظرا لعدم قدرته على التكفل بالمصاريف القضائية، إضافة إلى كون عقود الخدمات في الغالب تكون النزاعات فيها حول الاشتراكات والتعريفات، ولهذه الأسباب فإن الجمعيات يمكن أن تلعب دورا مهما على مستوى تمثيل المستهلكين أمام القضاء، وتعد هذه المهمة من أهم الاختصاصات الموكولة لها في مجال الاستهلاك، ونظرا لخطورتها وآثارها على نشاط المقاولات وصورتها أمام زبائنها ولوجود خطر الدفاع عن حقوق المستهلكين كوسيلة للحصول على أهداف أخرى، ومنها الإضرار بمصالح بعض المقاولات، لم يتم منح كافة الجمعيات الحق في التقاضي نيابة عن المستهلكين، حيث يشترط في الجمعيات لتمكينها من هذا الحق أن تكون لها صفة المنفعة العامة في القانون المغربي، حيث جاء في المادة 157 من القانون 31-08 على أنه: "يمكن للجامعة الوطنية ولجمعيات حماية

¹ - حسنة الرحموني، مرجع سابق، ص 405.

المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة العامة طبقاً لأحكام المادة 154 أن ترفع دعاوى قضائية....".

وبمفهوم المخالفة لهذه المادة فإنه في غياب الاعتراف القانوني لحركة جمعيات حماية المستهلك بجعلها صفة المنفعة العامة لا يمكن لها الترافع أمام المحاكم الوطنية. وتشترط المادة 154 من قانون حماية المستهلك المغربي للاعتراف للجمعية بصفة المنفعة العامة فضلاً عن استيفاء الشروط الواردة في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، أن يكون غرضها هو الدفاع عن مصالح المستهلكين حصرياً، وأن تكون خاضعة لأنظمة أساسية مطابقة لنظام أساسي نموذجي يحدد بنص تنظيمي، وقد صدر المرسوم رقم 12.12.462 الصادر بتاريخ 14 نونبر 2012 القاضي بتحديد النظام الأساسي النموذجي لجمعيات حماية المستهلك التي يمكن الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة¹.

ونشير إلى أن صفة المنفعة العامة يعترف بها لعموم الجمعيات، باستثناء الجمعيات ذات الصبغة السياسية²، حيث نصت المادة التاسعة من الظهير رقم 376-1-58 الذي يضبط بموجبه حق تأسيس الجمعيات على أنه: "كل جمعية... يمكن أن يعترف لها بصفة المنفعة العامة بمقتضى مرسوم بعد أن تقدم طلباً في الموضوع وتجري السلطة الإدارية بحثاً في شأن غايتها ووسائل عملها"، ويتعين على الإدارة المعنية الرد عليه بالقبول أو الرفض مع تعليقه في مدة لا تتجاوز ستة أشهر يبتدئ احتسابها من تاريخ وضعه لدى السلطة الإدارية المحلية، على أن تحدد الشروط اللازمة لقبول الحصول على المنفعة العامة بنص تنظيمي.

وقد حددت المادة الأولى من المرسوم التطبيقي الصادر بتاريخ 10 يناير 2005³ الشروط الواجب توافرها في الجمعية لاكتساب صفة المنفعة العامة وهي ستة شروط:

¹ - هذا المرسوم صدر بالجريدة الرسمية عدد 6107 بتاريخ 25 محرم 1434 الموافق ل 10 دجنبر 2012.
² - ظهير شريف رقم 376-1-58 يضبط بموجبه حق تأسيس الجمعيات، الجريدة الرسمية عدد 2404 مكرر، بتاريخ 16 جمادى الأولى 1378 (27 نونبر 1958)، ص 2849.
³ - مرسوم رقم 2.04.969 صادر في 28 ذي القعدة 1425 بتاريخ 10 يناير 2005 بتطبيق الظهير الشريف رقم 1.58.376 الصادر في جمادى الأولى 1378 (15 نونبر 1958) الجريدة الرسمية عدد 5339، بتاريخ 1 غشت 2005.

- أن تكون مؤسسة طبقاً لأحكام الظهير الشريف رقم 1-58-376 الصادر في 3 جمادى الأولى الموافق ل 15 نونبر 1958 المتعلق بالحق في تأسيس الجمعيات، وأن تكون مسيرة وفقاً لنظامها الأساسي.
 - أن تتوفر على القدرات المالية التي تمكنها على وجه الخصوص من إنجاز المهام المحددة في نظامها الأساسي، والتي تكتسي طابع المصلحة العامة.
 - أن يكون لها نظام أساسي ونظام داخلي يضمن لكل أعضائها المشاركة الفعلية في تدبير الجمعية وإدارتها وممارسة المراقبة بصفة دورية ويحدد بشكل صريح دور أعضاء أجهزتها التداولية ومهامهم وكذا تواريخ عقد جمعها العام وجدول أعماله.
 - أن يكون لها هدف له طابع المصلحة العامة على الصعيد المحلي أول الجهوي أو الوطني.
 - أن تمسك محاسبة تسمح بإعداد قوائم تركييبية تعكس صورة صادقة عن ذمتها ووضعيتها المالية ونتائجها وفقاً للنصوص التنظيمية الجاري بها العمل.
 - أن تحترم الالتزام بتقديم المعلومات المطلوبة والخضوع للمراقبة الإدارية المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.
- وتمر مسطرة الحصول على صفة المنفعة العامة من طرف الجمعية الراغبة في ذلك بثلاث مراحل وهي على النحو التالي:

- مرحلة إيداع طلب الحصول على المنفعة العامة، حيث يجب أن يودع رئيس الجمعية طلب الاعتراف بصفة المنفعة العامة مقابل وصل لدى العامل الذي يوجد في دائرة نفوذه مقر الجمعية المعنية، ويكون هذا الطلب مرفوقاً بمجموعة من الوثائق المطابقة للأصل¹ وذلك للاطلاع على أنشطتها الفعلية

¹ - ينبغي أن يرفق الطلب بالوثائق التالية:

- نسخة من الوصل النهائي لإيداع ملف تأسيس الجمعية.
- نسختين من النظام الأساسي والنظام الداخلي للجمعية محييتين مع بيان تواجد مقرها عند الاقتضاء.
- نسختين من قائمة الأعضاء المسؤولين عن تسيير وإدارة الجمعية مع الإشارة إلى جنسية ومهنة ومحل إقامة كل واحد منهم، وأن تكون هاتين النسختين مرفوقتين بنسخة من وصل يؤكد آخر مرة تم تجديد المكتب المسير للجمعية.

وإنجازاتها الحقيقية في الغرض المنصوص عليه في نظامها الأساسي، وذلك لتفادي حصول جمعيات ذات أنشطة وهمية أو صورية على هذه الصفة.

- مرحلة البحث: فمباشرة بعد إيداع طلب الحصول على صفة المنفعة العامة من طرف رئيس جمعية حماية المستهلك تقوم السلطات العمومية المحلية في شخص العامل الذي يقع داخل نفوذه الترابي التابع له مقر الجمعية المعنية أو من ينوب عنه¹ في تلك المهمة وبتفويض منه بدراسة دقيقة للطلب والنظر في الوثائق المطلوبة بين يديه ومدى استيفائها الشروط اللازمة قانونا قبل إجراء خاص لهذا الغرض في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع الطلب.

وبعد استكمال مسطرة البحث يقوم العامل بتوجيه نتائج الأبحاث مصحوبة بجميع الوثائق والمستندات إلى الأمانة العامة للحكومة².

- مرحلة البت في الطلب: حيث يقوم الأمين العام للحكومة بدوره بإحالة ملف الطلب إلى الوزير المكلف بالمالية وكذا السلطات الحكومية المعنية بأنشطة الجمعية قصد إبداء الرأي³.

وأخيرا تعرض نتائج دراسة الطلب على نظر رئيس الحكومة⁴ (الوزير الأول سابقا)، ويتمنح الاعتراف بصفة المنفعة العامة بمرسوم، يحدد القيمة القصوى للممتلكات التي يمكن للجمعية تملكها⁵، ولا ينص المرسوم على مدة معينة لاكتساب الجمعية لصفة المنفعة العامة، مما يعني أنها دائمة إلا أنه عندما يعاين العامل عدم تقيد الجمعية

- تقرير عن أنشطة الجمعية يبين إنجازاتها منذ إحداثها وعند الاقتضاء برنامج عملها التقديري للسنوات الثلاث القادمة.

- القوائم التركيبية لذمة الجمعية ووضعيتها المالية ونتائجها وكذا قيمة الممتلكات المنقولة وغير المنقولة الموجودة في حوزة الجمعية، إضافة إلى تلك التي تعترم امتلاكها مستقبلا.

- نسخة من مداوالات الجهاز المختص في الجمعية الذي يأذن بتقديم طلب الاعتراف بصفة المنفعة العامة لفائدتها مصحوبة بلائحة الأعضاء الحاضرين وتوقيعاتهم.

¹ - غالبا ما يعهد بالقيام بهذا الاختصاص عن طريق التفويض إلى رئيس قسم الشؤون الداخلية للعمالة، حيث يوجه البحث إلى جميع الأجهزة الأمنية والسلطات المحلية لمحل سكنى الأشخاص.

² - في غالب الأحيان يذيل بحث العامل برأيه في الموضوع استنادا إلى الأبحاث التي أجراها، كما أنها تكون حاسمة في قبول الطلب أو رفضه.

³ - بالنسبة للجمعيات العاملة في مجال الصحة تحال الأبحاث على وزارة الصحة، والجمعيات العاملة في المجال التربوي تحال الأبحاث على وزارة الثقافة والتعليم، وهلم جرا.

⁴ - الفقرة الثانية من المادة 6 من المرسوم التطبيقي للظهير المنظم لحق تأسيس الجمعيات، مشار إليه سابقا.

⁵ - المادة 7 من المرسوم التطبيقي للظهير المنظم لحق تأسيس الجمعيات، مشار إليه سابقا.

المعترف لها بصفة المنفعة العامة بالتزاماتها القانونية أو الالتزامات الواردة في قانونيها الأساسي، يوجه إليها إنذارا لتسوية وضعيتها داخل أجل أقصاه ثلاثة أشهر¹، وإذا لم تستجب الجمعية للإنذار المذكور، يرفع العامل الأمر إلى الأمين العام للحكومة الذي يعرض القضية على رئيس الحكومة قصد اتخاذ قرار بشأنها، وقد يتم اتخاذ قرار سحب الاعتراف منها بمرسوم معلن².

وبعد اطلاعنا على المراحل التي يمر منها طلب حصول الجمعية على صفة المنفعة العامة، يمكن أن نقول ونؤيد بعض الباحثين المغاربة بكون مسطرة الحصول على شرط المنفعة العامة أول العراقيل القانونية التي تواجهها جمعيات حماية المستهلك من أجل تمثيل هذا الأخير في مختلف الدعاوى القضائية أمام المحاكم الوطنية³، وهناك من نادى وعن حق بتبسيط إجراءات الحصول عليها، وجعل معيار الأنشطة التي تقوم بها الجمعيات في مجال حماية المستهلك وتوعيته كأساس لمنح هذه الصفة⁴، وهذا ما يفسر تواجد عدد قليل من جمعيات حماية المستهلك حاصلة على صفة المنفعة العامة.

وفي هذا الصدد يقول أحد رؤساء جمعيات حماية المستهلك في المغرب: "بما أن صفة المنفعة العامة لا تتمتع بها إلا أقلية من الجمعيات على الصعيد الوطني، فإن اشتراط التوفر على هذه الصفة للتمكن من الولوج إلى القضاء، يعني في نهاية المطاف مزيدا من العراقيل أمام هذه الجمعيات للقيام بدورها في تمثيل المستهلكين والدفاع عن مصالحهم ووسيلة للحد من صلاحياتها وأدوارها⁵.

¹ - المادة 8 من المرسوم التطبيقي للظهير المنظم لحق تأسيس الجمعيات، مشار إليه سابقا.

² - المادة 11 من المرسوم التطبيقي للظهير المنظم لحق تأسيس الجمعيات، مشار إليه سابقا.

³ - محمد الهيني، إشكالية تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء، مجلة المعيار، عدد 38، دجنبر 2007، ص 78.

⁴ - حسنة الرحموني، مرجع سابق، ص 409.

ينظر كذلك: أمّنة ناعيمي، أحكام الشرط في القانون المدني المغربي على ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 276.

⁵ - بوعزة الخراطي، قراءة نقدية واقتراح تعديلات بخصوص القانون رقم 31-08 المتعلق بحماية المستهلك، مجلة الاقتصاد والمجتمع، عدد 10، الطبعة الأولى، 1 ماي 2009، ص 36.

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي¹ فإنه لتمثيل المستهلكين أمام القضاء قد اشترط المشرع أن تكون الجمعية معتمدة، وللحصول على الاعتماد يجب أن تتوفر الجمعية على الشروط التالية:

- أن يكون غرضها الدفاع عن حقوق المستهلكين.
- أن تكون لها مدة عمل لا تقل عن سنة.
- أن لا يقل عدد المنخرطين فيها عن 10.000 منخرط.
- أن تكون قد حققت نشاطا يخدم مصلحة المستهلك.

وبتمعننا لهذه الشروط نجد أنها شروط موضوعية ومعقولة، بخلاف الشروط المتطلبة في القانون المغربي، ماعدا شرط عدد المنخرطين فهو بسيط في فرنسا بحكم سيادة وعي الناس بالقانون الاستهلاكي وبمصالحهم، أما في المغرب فإنه في هذا الصدد صعب المنال، اللهم في بعض المدن الكبرى حيث لازال يتطلب عملا تأطيريا جبارا لانخراط هذا العدد، نظرا لأن غالبية المواطنين تفتقد لثقافة الاستهلاك ولثقافة الانخراط في العمل الجماعي.

غير أننا ننوه بمقتضيات القانون رقم 31-08 الذي فتح الباب للمتبعين والمهتمين لتكوين جهة ضغط قوية للذود عن حقوق فئة المستهلكين، ورغم العراقيل القانونية والواقعية لممارسة هذا الحق، فإن هناك اعتراف بحق الجمعيات في التمثيلية الذي أصبح آلية مهمة للدفاع عن مصالح المستهلكين، وحتى ولو لم تتوفر على صفة المنفعة العامة يمكن لها طلب الإذن بالتقاضي كآلية بديلة.

الفقرة الثانية: حصول الجمعية على الإذن بالتقاضي كاستثناء

لقد حاول المشرع المغربي إيجاد بديل لغياب صفة المنفعة العامة لدى جمعيات حماية المستهلك الراغبة في تمثيل المستهلك أمام القضاء، فقرر الإذن بالتقاضي عبر

¹ - في فرنسا المرسوم رقم 88-88 الصادر في 6 ماي 1988 والقرار الصادر في 21 يونيو 1988 الذي ينص على الشروط الواجب توافرها في جمعيات حماية المستهلك التي تمارس حق التقاضي، للمزيد من المعلومات يمكن الرجوع إلى :

¹ - Calais Auloy (J), les actions en justice des associations des consommateurs, op cit.p193.

مسطرة محددة للحصول عليه، وهو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 157 من القانون 31-08 فربطته بصدور نص تنظيمي الذي يحدد الشروط اللازمة للحصول على الإذن بالتقاضي، حيث جاء فيها: " غير أن جمعيات حماية المستهلك غير المعترف لها بصفة المنفعة العامة، والتي يكون غرضها حصريا هو حماية المستهلك، لا يمكن لها أن تمارس الحقوق المخولة لها بمقتضى الفقرة الأولى أعلاه، إلا بعد حصولها على إذن خاص بالتقاضي من الجهة المختصة وحسب الشروط التي يحددها نص تنظيمي".

وبالرجوع إلى المادة 35 من المرسوم التطبيقي¹ المتعلق بتطبيق بعض أحكام القانون رقم 31-08 نجدها قد أوردت عدة شروط اللازم توفرها في الجمعيات غير المعترف لها بصفة المنفعة العامة للتقاضي كممثل عن المستهلك وهي واردة على سبيل الحصر:

- أن تتوفر على الموارد البشرية والمادية والمالية التي تمكنها من القيام بمهام الإعلام والدفاع والنهوض بمصالح المستهلك.
- أن تثبت عند إيداع طلب الحصول على الإذن الخاص بالتقاضي مرور سنتين على الأقل على إحداثها وذلك ابتداء من تاريخ تصريحها للسلطات.
- أن تثبت خلال السنتين الأخيرتين، قيامها بنشاط فعلي للدفاع عن مصالح المستهلك ويتم تقييم هذا النشاط بالنظر إلى الأنشطة التي أنجزتها في مجال الإعلام والتحسيس ووضع شبك المستهلك لتوجيه ومساعدة المستهلكين.
- أن تثبت قيامها بالتعاقد مع محامي أو مكتب للمحاماة لتمثيلها أمام القضاء.
- أن تنص أنظمتها الأساسية على قواعد الحكامة الجيدة، التي تضمن لجميع أعضاء الجمعية مشاركتهم في تحديد توجهات الجمعية وأنشطتها وكذا مراقبتها.

¹ - مرسوم رقم 02.12.503 صادر في 4 ذي القعدة 1434 بتاريخ 11 شتنبر 2013 بتطبيق بعض أحكام القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد 6191، ص 6384.

وبخصوص مسطرة الحصول على الإذن بالتقاضي، فإنه يتم إيداع طلب الحصول على هذا الأخير من قبل رئيس الجمعية لدى السلطات الحكومية المكلفة بالعدل، مرفقا بمجموعة من الوثائق والمستندات التي تثبت توفر الجمعية على الشروط المطلوبة، وبعد دراسة الطلب وأخذ رأي السلطات الحكومية الوصية، يتم منح الإذن بالتقاضي داخل أجل شهرين من تاريخ إيداع الطلب، إذا تبين أن الجمعية مستوفية لجميع الشروط المطلوبة.

وبخلاف المنفعة العامة التي لم يحدد لاكتسابها مدة معينة، فإن الإذن بالتقاضي تتمتع به الجمعيات لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد لنفس المدة¹، غير أنه يتم سحبه متى أثبت إخلال الجمعية بالشروط الواجب التقيد بها².

وهكذا نرى أن المشرع بتتصيصه على الإذن بالتقاضي يكون نسبيا قد خفف من شرط حصول جمعيات حماية المستهلك على صفة المنفعة العامة، وبالتالي توسيع نطاق الجمعيات التي بإمكانها ممارسة حق التقاضي دفاعا عن مصالح المستهلكين.

ويبقى التساؤل مشروعا حول ما إذا رفضت السلطة الحكومية المكلفة بالعدل الطلب كليا أو امتنعت الإدارة المختصة عن تمديد التصريح؟.

ففي هذه الحالة فإن الجمعية المعنية موضوع طلب الرفض لا يسوغ لها حسب المرسوم التطبيقي سوى التوجه للمحكمة الإدارية للطعن في القرار لرفع التعسف الذي لحقها، استنادا للمادة 8 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية³ التي تنص على أنه: "تختص المحاكم الإدارية مع مراعاة أحكام المادتين 9 و 11 من هذا القانون بالبت ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطة الإدارية بسبب تجاوز السلطة وفي النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام..،

¹ - المادة 36 من المرسوم رقم 5-12-503 بتطبيق بعض أحكام القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

² - مادة 38 من المرسوم رقم 5-12-503 بتطبيق بعض أحكام القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

³ - يوسف الزوجال، حماية المستهلك في العقود التجارية-دراسة على ضوء قانون 31.08 حصيلة وآفاق، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2020، ، ص 452.

وتختص المحاكم الإدارية أيضا بفحص شرعية القرارات الإدارية وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 44 من هذا القانون".

المبحث الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك في تعزيز الأمن التعاقدى

من بوابة ممارسة الدعاوى القضائية.

إذا كانت الدعوى في تعريف بعض الفقه¹ هي همزة الوصل بين الإيديولوجية القانونية والمعطيات التاريخية والاقتصادية والاجتماعية لمجتمع ما، فإن السؤال الذي طرح نفسه فيما يتعلق بدعوى جمعيات حماية المستهلك، هو هل يستطيع أحد غير صاحب الحق المعتدى عليه أن يباشر دعوى لحساب غيره؟، وبعبارة أخرى ألا يمكن لجمعيات المستهلكين الادعاء أمام القضاء نيابة عن المستهلك بغرض الوصول إلى حماية القضاء له².

فالمستهلكون بصفة عامة المتضررون قد يكونون في ظروف غير مواتية للحصول على الحماية القضائية لجبر هذه الأضرار الفردية، ويمكن أن يتجاهلوا هذه الحقوق، كما أن ادعاءاتهم يمكن أن تكون غاية في التفاهة بالمقارنة مع المصاريف التي يتحملونها الناتجة عن نفقات التقاضي، والتي تكون باهضة ولا تتناسب مع ما يحصلون عليه من تعويض لهذه الأضرار، وكل ذلك يدل على عدم كفاية الحماية القضائية الفردية، ومن ثم ينبغي تقرير نماذج جديدة للحماية الجماعية خاصة في عقود الخدمات الاستهلاكية، التي قد يكون موضوع النزاع فيها قسط مستحق عن اشتراك شهري لخدمة مقدمة تكون قيمتها المالية زهيدة بالمقارنة مع التكاليف الواجب تحملها للقيام بالمنازعة الفردية، لذلك كان التفكير من طرف التشريعات المتقدمة وكذلك التشريع المغربي في حماية المستهلك بضرورة إيجاد بديل قانوني يمكنه تحمل مهمة الدفاع عن مجموع المصالح الجماعية للمستهلكين، فتم الاعتراف بحق التقاضي للجمعيات نيابة عن المستهلكين، وذلك إما بإقامة دعاوى دفاعا عن المصالح الفردية للمستهلكين، كما هو الحال في تدخلها بمناسبة

¹ - محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، مرجع سابق، ص 428.

² - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، مرجع سابق، ص 148.

دعوى جارية يكون المستهلك طرفا فيها لطلب حذف بند تعسفي أو غير مشروع (المبحث الأول)، وإما دفاعا عن المصالح الجماعية للمستهلكين (المبحث الثاني).

المطلب الأول: الدور التذخلي للجمعيات في الدعوى لحذف البنود التعسفية أو غير المشروعة.

لقد أعطى المشرع المغربي بمقتضى القانون 31-08 صلاحيات مهمة لجمعيات حماية المستهلك، وذلك لضمان التوازن العقدي، وتقوية مركز المستهلك في الدعوى، وتتمظهر هذه الصلاحيات في إقامة دعوى دفاعا عن المصالح الفردية والجماعية، كما هو الحال بالنسبة لدعوى حذف البنود التعسفية بمناسبة دعوى جارية أمام القضاء (الفقرة الأولى)، ليبقى التساؤل مطروحا حول مدى إمكانية إقامة جمعيات حماية المستهلك لدعوى حذف البنود التعسفية بصفة مستقلة في القانون المغربي؟ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دعوى حذف البنود التعسفية بمناسبة دعوى جارية.

بالرجوع إلى قانون الاستهلاك المغربي وخاصة الباب الثاني من القسم السابع المتعلق بالدعوى القضائية المرفوعة من طرف الجامعة الوطنية وجمعيات حماية المستهلك، نجده أنه لم يقرر بشكل مطلق حق الجمعيات المعنية في رفع دعوى إبطال البنود التعسفية، وإنما قيدها بضرورة وجود دعوى جارية أمام القضاء (أولا)، ورغم ذلك فإنها قد تشكل إضافة نوعية لتعزيز حق المستهلك في التمثيلية، وذلك راجع لبعض مظاهر المرونة المميزة لها (ثانيا).

أولا: ضرورة وجود دعوى جارية أمام القضاء.

يعتبر الفصل 162 من القانون 31-08 من أهم الفصول التي جاء بها المشرع المغربي على مستوى محاربة البنود التعسفية، فهو الذي يعطي للجمعيات وبشكل صريح الحق في ممارسة دعوى حذف البنود التعسفية، حيث نص على أنه: "يمكن للجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك المشار إليها في المادة 157 أن تطلب من المحكمة

أن تنظر في الدعوى أو الدعوى التابعة أن تأمر المدعى عليه أو بإيقاف التصرفات الغير المشروعة أو حذف شرط غير مشروع أو تعسفي في العقد، أو في نموذج العقد المقترح أو الموجه إلى المستهلك"، هذه المادة تقابلها المادة L421/6 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 344-2014، حيث منحت هذه الأخيرة كذلك لجمعيات حماية المستهلك حق الانضمام في الدعوى المرفوعة من أحد المستهلكين يطالب فيها ببطلان شرط تعسفي في عقد سبق إبرامه، سواء كانت هذه الدعوى مرفوعة من أحد المستهلكين أو عدة مستهلكين، حيث نظم المشرع هذه الوسيلة لمساعدة المستهلك في مكافحة الشروط التعسفية في عقود سبق إبرامها، وذلك بالاستفادة من الإمكانيات المتاحة لجمعيات حماية المستهلك، تطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف فرساي في قرار لها صادر بتاريخ 15 أبريل 2005، بحق جمعية حماية المستهلك التدخل في دعوى لضمان العيوب الخفية لمشتري جهاز DUD، يطالب فيها بإلغاء شرط تعسفي ورد في عقد بيع، وتدخل جمعيات حماية المستهلك في دعوى بطلان الشروط التعسفية قاصر على الدعوى المرفوعة من المستهلك أمام القضاء المدني وليس القضاء التجاري أو الإداري¹.

وتعليقا على المادة 162 من القانون 31-08، نقول بأنه رغم الاعتراف الصريح للقانون المغربي بحق جمعيات حماية المستهلك في إمكانية المطالبة بحذف البنود التعسفية في عقد استهلاكي، دافعا عن المصلحة الجماعية للمستهلك، فإن هذا الحق يبقى مقيدا بوجود دعوى جارية أمام القضاء، سواء القضاء المدني أو الجنائي، كما أن دخول الجمعية في الدعوى يكون بطلب فرعي وليس أصلي، فاشتراط وجود دعوى جارية أمام القضاء لمنح الجمعيات ذات الصلة القانونية حق المطالبة بحذف البند التعسفي، رأى فيه بعض الفقه المغربي بأنه محاولة للتضييق على جمعيات حماية المستهلك في ممارستها لدورها التمثيلي²، الأمر الذي يقلص من حق تمثيلية المستهلك، والذي كان من أهم الأهداف التي سعى هذا القانون إلى تكريسها، وهذا التقييد يحد من تعزيز الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات، على اعتبار أن اشتراط وجود دعوى جارية سيجعل ممارسة هذه

¹ - أورده أيمن سعد سليم ، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، 2011، ص 123.

² - عبد الحميد أخريف، محاضرات في منازعات الاستهلاك، مشار إليها سابقا.

الدعوى من طرف الجمعيات، رهين بمدى مباشرة المستهلك لدعوى قضائية، مما يجعل الجمعيات في حالة الانتظارية لإقامة دعوى حذف البنود التعسفية، وحبذا لو أقر المشرع المغرب وعلى غرار بعض الأنظمة القانونية المقارنة والتي قطعت أشواطاً مهمة في مجال حماية المستهلك عموماً وفي مواجهة البنود التعسفية خصوصاً، والتي نجدها قد أعطت لجمعيات حماية المستهلك حق رفع دعوى إلغاء أو حذف البنود التعسفية بموجب دعوى مباشرة وبطلب أصلي، كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي¹.

ثانياً: مظاهر المرونة المميزة للدعوى.

رغم أن المادة 162 قد جاءت بقيد وجود دعوى جارية لإمكانية المطالبة بحذف البنود التعسفية، فإن هذه المادة تضمنت بعض النقاط الإيجابية يمكن أن تخدم هذه الدعوى:

✓ أنها وسعت من نطاق الجهات القضائية التي يمكن للجمعيات ذات المنفعة العامة أو الحاصلة على الإنز بالتقاضي الولوج إليها للمطالبة بحذف بند أو عدة بنود تعسفية، وبالتالي يمكنها اللجوء أمام القضاء المدني أو التجاري وحتى الزجري، وهذا يستفاد من العبارة التي جاء فيها: "...أن تطلب المحكمة التي تنظر في الدعوى أو الدعوى المدنية التابعة".

وهكذا يمكن لجمعيات حماية المستهلك، اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحذف هذه البنود سواء كانت القضية ذات طبيعة تجارية أو مدنية أو زجرية.

وبخلاف المشرع الفرنسي رغم أنه أعطى للجمعيات حق رفع هذه الدعوى بصفة أصلية، إلا أنه قصر هذا الحق فقط أمام المحاكم المدنية دون غيرها من الجهات القضائية، وهذا يعتبر بمثابة قيد يحد من فعالية هذا النوع من الدعاوى، لأنه لا يمكن للجمعيات رفعها أمام القضاء التجاري والإداري، في الوقت الذي يتعرض فيه المستهلكون لعدة ممارسات تعسفية متعددة في علاقاتهم بهذه الأطراف المهنية.

¹ - حيث أضيف هذا المقتضى للمادة 6-421 من مدونة الاستهلاك بمقتضى المرسوم رقم 741-2001 الصادر بتاريخ 23 غشت 2001 تحت عنوان- دعوى حذف البنود التعسفية.

✓ أنها لم تشترط في رفع هذه الدعوى وجود ضرر فردي وقع للمستهلك، كما أنها لم تلزم الجمعيات بإثبات حصول ضرر من المصلحة الجماعية للمستهلكين¹.

✓ أنها تشمل حذف البنود التعسفية الواردة في العقود التي تمت المصادقة عليها من طرف المستهلك، وكذا في نموذج العقد المقترح، أو الموجه إلى المستهلك، لكن التساؤل الذي يطرح هو كيف يمكن للجمعيات في ضوء المادة 162 ممارسة هذه الدعوى في الحالة الأخيرة، لأن في هذه الحالة لا يمكن تصور وجود دعوى جارية حتى يتسنى للجمعية المطالبة بحذف هذه البنود ما دامت هذه العقود لا زالت في مرحلة الاقتراح ولم يصبح المستهلك طرفا فيها؟

ففي نظرنا أن هذه الإمكانية ناتجة عن نقل غير واع للمادة L421/6 من مدونة الاستهلاك الفرنسية، والتي تعطي للجمعيات المعتمدة حق رفع دعوى الإلغاء بصفة أصلية وبشكل استباقي، ولهذا ففي ظل هذا القانون تتخذ شكل دعوى وقائية، فالمشروع الفرنسي ووعيا منه بأن الاكتفاء بالتنصيص على اعتبارها باطلة وكأنها لم تكن لن يفيد المستهلك في حمايته من البنود التعسفية، لذلك عمل على إحداث آلية الحذف حتى لا تكتب نهائيا في العقود الاستهلاكية، وبالتالي إزالتها من الوثائق التي تشكل قاعدة للعقود المستقبلية.

وهكذا يمكن للقاضي أن يأمر بحذف جميع البنود التعسفية المدرجة في العقود، أو في نموذج العقد الموجه إلى المستهلك، مثل البنود التي تقلص من الضمان القانوني للبائع، أو البند المانح للاختصاص المحلي، أو البنود المخالفة للمقتضيات الآمرة في عقود التأمين، وكذا البنود الواردة في العقود الاستهلاكية.

¹ - La protection des consommateurs dans l'union européenne, Lamy droit économique, Concurrence, Distribution consommation, 2002, Art 4847. p1822.

- Voir au même sens : Picod,(Y) et Helene (D), droit de consommation, 2^{ème}, éd Sirey, 2010, p 387.

ولتعزيز فعالية دعوى المطالبة بحذف البنود التعسفية، قرنت الأمر الصادر عن المحكمة بغرامة تهديدية تحددها، وذلك لكفالة احترامه من طرف المهني، وتتخذ الغرامة المالية شكل مبلغ مالي يدفعه المهني، إذا لم يتم بتنفيذه ابتداء من اليوم الثامن الموالي لتاريخ صدوره حضورياً¹، وابتداء من اليوم الموالي إذا صدر الحكم غيابياً ما لم تحدد المحكمة أجلاً لتطبيق الغرامة لا يتعدى ثلاثين يوماً، ويكون الحكم الصادر مشمولاً بالنفاذ المعجل، وإذا أعرب المدعى عليه أو الظنين رغبته في إيقاف التصرفات غير المشروعة أو حذف شرط غير مشروع أو تعسفي في العقد أو في نموذج العقد المقترح أو الموجه إلى المستهلك، تطبق المحكمة مقتضيات المادة السالفة بخصوص احترام أجل لتصفية الغرامة التهديدية، وتمهل المعني بالأمر أجلاً لا يتعدى ثلاثين يوماً قابلاً للتجديد مرة واحدة، وتطبق الغرامة التهديدية فور انتهاء الآجال المحدد من طرف المحكمة وتصفى عند النطق بالحكم، وقد أعطى القانون للمحكمة إمكانية نشر الحكم الصادر بالوسائل التي تحددها².

وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام الصادرة بالإلغاء، لا تنتج أثرها من الناحية المنطقية إلا في مواجهة المهني صاحب العقد محل الدعوى الطرف في النزاع، تطبيقاً لمبدأ نسبية الحكم المقضي به وكذا مبدأ الواجهية³.

لكن القانون الألماني الصادر بتاريخ 6 دجنبر 1976 المنظم للشروط العامة في التعاقد، وعلى خلاف غيره من التشريعات المهمة بحماية المستهلك، خول مثل هذه الأحكام حجية مطلقة، بحيث أن الحكم الصادر ينتج أثره في مواجهة الغير، فإذا أدرج نفس المهني شروطاً تعسفية سبق الحكم بإلغائها وذلك في تعامله مع مستهلكين آخرين غير الذين كانوا أطرافاً في الحكم السابق، يمكنهم الاحتجاج ضده بتلك الأحكام لإبطال تلك البنود، وفي حالة مخالفة المشتراط المهني لذلك فإنه يتعرض لغرامة تقدر بـ 500.000 مارك ألماني⁴، وهذا يرغم بعض المهنيين على محو البنود التعسفية من

¹ - الفقرة الثالثة من المادة 162 من القانون 31-08.

² - الفقرة الأولى من المادة 163 من القانون 31-08.

³ - Picod,(Y), et Helene (D).op.cit.p388.

⁴ - نزهة الخدي، مرجع سابق، ص 316.

نماذج عقودهم، في حين يحتفظ آخرون بنفس البنود في معاملاتهم، وذلك إما لعدم ممارسة أية دعوى لحذفها أو لأن محكمة معينة لم تعتبر البند تعسفياً، في حين تقر محكمة أخرى بالطابع التعسفي لنفس البند، وهذا ما يحد من فعالية هذه الدعوى في مواجهة البنود التعسفية في نماذج عقود الخدمات الاستهلاكية¹.

وحبذا لو أقر المشرع المغربي نفس التوجه الذي سار عليه القانون الألماني، بخصوص آثار الحكم الصادر، ونص بموجب نص تشريعي خاص، أو بموجب نص تنظيمي على أن الحكم الصادر بخصوص البنود التعسفية يكتسي حجية مطلقة، ولو اقتصر على عقود محددة، مثل عقود قروض الاستهلاك وعقود خدمات الاتصال...، لأن حماية مستهلك الخدمة تدخل ضمن صميم حماية النظام العام الاقتصادي، كما أن الحكم القضائي سيصبح آلية ضابطة لمجال التعاقد الاقتصادي، وتطرح المادة 162 إشكالية مدى أحقية الجمعيات في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي حصلت للمصلحة الجماعية للمستهلكين؟.

وبهذا الخصوص بقي المشرع المغربي ساكناً على غرار المشرع الفرنسي، غير أنه رجوعاً إلى قضاء هذا الأخير ورغم سكوت المادة 421-6 نجد أن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية قد أقرت حق الجمعيات في المطالبة بالتعويض، وذلك بموجب قرار صادر بتاريخ 5 أكتوبر 1999²، وقد أيدها في ذلك أبرز الفقه الفرنسي، كما نؤيد بدورنا هذا التوجه، لأن من شأن الحكم بالتعويضات لهذه الجمعيات قد يشكل محركاً أساسياً لتشجيع الجمعيات باللجوء إلى القضاء لممارسة مهام الدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين، وكذا مساعدتها على تغطية مختلف نفقات التقاضي، كما أن ذلك سيولد انطباعاً لدى المهنيين بوجود رقابة مدنية قوية على معاملاتهم العقدية، مما يعزز من فرص تحقيق الأمن التعاقدي.

¹ - Calais Auloy (J).et Steinmetz (F), droit de la consommation, op. cit, p.395.

² - Dalloz aff, 2000, Art 110.note Paisant.

- Voir Aussi : contrat concurrence consommation, n°96, 2005, note Raymond (G).

الفقرة الثانية: إقامة دعوى حذف البنود التعسفية كدعوى مستقلة ضمانه

للأمن التعاقدى لمستهلك الخدمة

تشكل دعوى حذف البنود التعسفية كدعوى مستقلة ضمانه مهمة لمواجهة تعسف المهني مورد الخدمة، الذي ينفرد بإبرام العقود وإعداد نماذج العقود وطرحها للموافقة من طرف المستهلك، وهي من أبرز الدعاوى التي تقيمها جمعيات حماية المستهلك بصفة مستقلة، ولا تستوجب ضرورة وجود دعاوى جارية، ذلك أن هذه الدعوى التي تطالب فيها الجمعيات بإلغاء الشروط التعسفية لا تتعلق بعقد معين، بل تغطي كافة العقود المقترحة من طرف نفس المهني، وهي غالبا ما تستهدف العقود النموذجية¹.

والواقع أن الهدف من تنظيم هذه الدعوى، كان هو الحد من آثار قاعدة الأثر النسبي للحكم الذي قد يحصل عليه بإبطال الشرط التعسفي، ورغم تحقيق هذه الدعوى للنتائج المتوخاة منها، إلا أنه يلاحظ عليها² أن حذف هذا الشرط يتم فقط في العقود المقترحة من طرف نفس المهني، ذلك أن قاعدة الأثر النسبي للأحكام تحد من الأثر الجماعي لهذه العقوبة، بحيث لا تمتد إلى مهنيين آخرين، بالرغم من ممارستهم لنفس المهنة واستعمالهم لنفس الشروط التي صدر بخصوصها الحكم القضائي، كما أن المستهلك عندما يقوم بإبرام العقد يغلب عليه الاعتقاد بأنه ملزم بكل الشروط التي يتضمنها، ولا يفكر في مراجعتها أو المطالبة بإلغائها، ولهذا السبب فإن الجمعيات تعمل بشكل وقائي وجماعي لاستبعاد تطبيق هذه البنود التعسفية³.

وقد منح المشرع الفرنسي لأول مرة هذه الصلاحية لجمعيات حماية المستهلك، لإقامة دعوى حذف البنود التعسفية بمقتضى المادة 421-6 من مدونة الاستهلاك، والمضافة بمقتضى المرسوم رقم 741-2001 الصادر في 23 غشت 2001 تحت عنوان "حذف البنود التعسفية"، حيث نصت على حق كافة جمعيات حماية المستهلك المعترف بها في الاتحاد الأوروبي، وهي تلك التي أدرجت في قائمة الجمعيات المنشورة

¹ - أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2011، ص 12.
ينظر في نفس الاتجاه: عمر قريوح، الحماية القانونية للمستهلك، القرض الاستهلاكي نموذجا، مرجع سابق، ص 201.

² - Pascal chazal (J), op.cit. n°99. p 17.

³ - المهدي منير، مرجع سابق، ص 358.

في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، أن تباشر دعوى حذف البنود التعسفية الواردة في نماذج عقود الاستهلاك في مختلف دول الاتحاد دون التقيد بالبلد الذي تنتمي إليه¹. وبالتالي فإنه حسب هذه المادة يحق لجمعيات حماية المستهلك إقامة الدعاوى أمام القضاء المدني وبصفة مستقلة، بهدف إلغاء أو حذف البنود التعسفية الواردة في نماذج عقود الاستهلاك المقترحة من طرف الموردين، وذلك في مختلف دول الاتحاد دون التقيد بالبلد الذي تنتمي إليه، فنطاق هذه الدعوى هو عقود الاستهلاك النموذجية التي يعدها الموردون المهنيون مقدمو الخدمات²، وهي دعوى ذات أثر مباشر في مواجهة التعسف العقدي الذي يمارسه المهنيون.

كما يجوز لها رفع دعوى أمام القضاء المدني لوقف كل الممارسات التعسفية، وللقاضي أن يأمر عند اللزوم بغرامة تهديدية بحذف كل بند تعسفي في كل نموذج عقد مقترح أو موجه للاستهلاك، وتظهر من خلال هذين النصين أن الدعوى المرفوعة لا تهدف إلى إبطال شروط وردت في عقود سبق إبرامها، وإنما تهدف إلى الحذف المادي للشروط في وثائق تكون أساسا لعقود تبرم مستقبلا بين الموردين والمستهلكين³.

ويعتبر النص الخاص بدعوى حذف البنود التعسفية من النظام العام، فتتصدى محكمة الموضوع للشروط محل الدعوى تلقائيا، حتى وإن لم تكن هذه الشروط المدعى

¹ - أيمن سعيد سليم، مرجع سابق، ص 128.
أنظر كذلك:

- Paisant.(G), un élargissement de l'action collective en suppression de clause ses abusives, J C P, la semaine juridique, n°15, 2011,p 684.

² - L'article L421-6 dispose que:"les associations mentionnées a l'article 421-1 et les organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au journal officiel des communautés européennes en cessation de l'article 4 de la directive 98/27/ C E du parlement européennes et de conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateur peuvent agir devant la juridiction civil pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les mentionnées à l'article 1^{er} de la directive précité.

Le juge peut à ce titre ordonner le cas échéant sur astreinte la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat propose au destine au consommateur."

³ - حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، رسالة لنيل الماجستير في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص 126.

وفي نفس التوجه صدر قرار محكمة العدل الأوربية بتاريخ 14 يناير 2014، انظر:

- Pascal Chazal. (J), op.cit.p17.

بها من قبل جمعيات حماية المستهلك، وتقضي المحكمة ببطلان الشرط الذي يبدو تعسفيا وفقا للمعيار المحدد للبند التعسفي بموجب نص المادة 1-132 L من مدونة الاستهلاك الفرنسية، فتعتبر تعسفية الشروط التي يكون من شأنها الإخلال الفادح بين الحقوق والالتزامات في العقود المبرمة بين المستهلكين والموردين ويكون الحكم الصادر حجة على جميع نماذج العقود، بموجب حجية الشيء المقضي به، ومن تم يحذف هذا الشرط من نماذج العقود مستقبلا¹.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 4 ماي 1999، على أن الدعوى السابقة هي دعوى عينية، كما أكدت في نفس الحكم على أن يكون العقد محل الدعوى مقترح من طرف أحد المهنيين على المستهلكين².

وأخيرا نخلص بأن هذه الدعوى تمتاز بالخصائص التالية:

- إمكانية الجمعية المتوفرة على الشروط القانونية للتقاضي دفاعا عن المصالح الجماعية للمستهلكين إقامة الدعوى كطرف أصلي دون حاجة لرفعها مسبقا من طرف المستهلك.
- يمكن لجمعية حماية المستهلك رفع هذه الدعوى ولو لم يوجد ضرر حال بالمصلحة الجماعية للمستهلكين ولكنه محتمل، كدعوى وقائية.
- تقام هذه الجمعية أمام المحاكم المدنية.
- يمكن للقاضي إصدار أمرا بالإلغاء تحت طائلة غرامة تهديدية.

ومجمل القول في هذا المطلب أن دعوى إبطال البنود التعسفية التي أقرها قانون الاستهلاك المغربي، تبقى إحدى أهم الآليات المستجدة التي وضعها المشرع في يد الجمعيات بهدف الحد من الشروط المجحفة أو بالأحرى إعادة التوازن المفقود للعلاقة التعاقدية بين المهني ومستهلك الخدمة، الذي غالبا ما يتردد في مواجهة المهني نظرا للفارق الاقتصادي والمالي، بل وحتى المعرفة القانونية التي يفتقدها غالبية جمهور

¹ - Picod.(Y) et Davo.(H).op.cit. p338.

² - Cass.civ.1^e, 4 mai 1999, bull. civ. I.n°147. D.2000. Somm. 48.obs. Pizzio.

المستهلكين، وإن كان المشرع المغربي قد قرنها بضرورة وجود دعوى جارية أمام القضاء، ولضمان طابعها الوقائي لا بد من الإقرار التشريعي بحق الجمعيات بممارسة دعوى حذف البنود التعسفية كطرف أصلي، ولعل هذا ما يفسر بندرة الدعوى المرفوعة من طرف الجمعيات، رغم مرور قرابة عشر سنوات على صدور القانون 31-08، مما يستوجب تدخلا تشريعيا لتحقيق النجاعة على مستوى الحماية التعاقدية بتعديل القانون 31-08 على مستوى دعاوى الجمعيات، بما يمكنها من سلوك مسطرة حذف البنود التعسفية كطرف أصلي، الأمر الذي سيساهم في تقوية دعائم الأمن التعاقدي للمستهلكين بصفة عامة، ومستهلكي الخدمات على وجه الخصوص من خلال هذه الدعوى الوقائية.

المطلب الثاني: ممارسة الدعاوى دفاعا عن المصالح الجماعية

لمستهلك الخدمة.

إضافة إلى دعوى إلغاء البنود التعسفية بمناسبة دعوى جارية التي منحها المشرع لجمعيات حماية المستهلك، فقد منح هذه الأخيرة كذلك صلاحية رفع دعوى التمثيل المشترك (الفقرة الأولى)، وكذا إمكانية اللجوء لإقامة الدعوى المدنية دفاعا عن المصالح الجماعية للمستهلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ممارسة الجمعيات لدعوى التمثيل المشترك

لا يقتصر دور جمعيات حماية المستهلك على رفع دعاوى الدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين، وإنما أسندت لها صلاحية رفع دعوى الدفاع عن المصالح الفردية لمجموعة من المستهلكين ترتبط بمصدر ضرر واحد، وبمعنى آخر يمكن للطرف المدعى عليه وهو نفس الشخص الذي ترفع ضده الدعوى القضائية وتسمى في القانون الفرنسي بدعوى التمثيل المقترنة، وقد تبني المشرع المغربي هذه الدعوى في المادة 158 من القانون 31-08، فما هي إذن طبيعة هذه الدعوى (أولا)، وما هي الشروط الخاصة اللازمة لممارستها (ثانيا).

أولا: طبيعة دعوى التمثيل الفردية.

وتسمى بدعوى التمثيل المقترنة l'action en représentation conjointe، وهي دعوى حديثة العهد بالممارسة القضائية الفرنسية، ظهرت مع صدور القانون 60-190، والذي أدرجت مقتضياته في المواد L421-1 إلى L422-3 من مدونة الاستهلاك، وقد تم تحديد إجراءات هذه الدعوى بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 11 دجنبر 1992 تحت رقم 92-1306 والذي تم إلحاقه بمدونة قانون الاستهلاك في المواد R422-1 إلى R422-10، ودعوى التمثيل الفردية أو المقترنة لا تمثل النموذج الثاني لدعوى الدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين²، لأنها تؤدي نفس الدور الذي تقوم به دعاوى الدفاع عن المصلحة المشتركة للمستهلكين، وإنما استحدثت لأجل إصلاح الأضرار التي تصيب شخص المستهلك الفرد أو جماعة من المستهلكين من جراء التصرف أو الفعل الصادر عن شخص واحد أي أن مصدر الضرر يكون مشتركا بين الجميع، وذلك بموجب دعوى واحدة فقط ترفعها جمعية معتمدة للدفاع عن حقوق المستهلكين، فالأمر إذن يتعلق بمصالح فردية اجتمعت عن طريق الصدفة، ويتم توكيل الدفاع عنها إلى جهة واحدة للحصول على نتيجة إيجابية يستفيد منها الجميع³، وبصفة أدق هي دعوى الدفاع عن المصالح الفردية لفئة متكئة من المستهلكين، وتختلف دعوى التمثيل المقترنة عن الدعوى المدنية في القانون الفرنسي في نقطتين:

- النقطة الأولى: وهي أن الجمعية لا يمكنها ممارسة الدعوى المدنية إلا إذا كان فعل المهني يشكل مخالفة جنائية⁴، في حين ليس ضروريا أن يشكل فعل المهني مخالفة جنائية حتى يمكن للجمعية ممارسة دعوى التمثيل المقترنة، فيمكن لها أن تمثل مجموعة من المستهلكين والدفاع عنهم وحتى وإن لحقهم ضرر من فعل المهني يكتسي صبغة مدنية، فيمكن لها مثلا رفع الدعوى بشأن ضمان العيوب الخفية أو بسبب المنتجات المعيبة⁵، ولا مانع يمنع

¹ - صادر بتاريخ 18 يناير 1992.

² - Calais-Auloy(J) et Steinmetz(F).op.Cit. P 650.

³ - المهدي منير، مرجع سابق، ص 332.

⁴ - الفصل 6/421 من مدونة الاستهلاك الفرنسية.

⁵ - نزهة الخلد، مرجع سابق، ص 323.

الجمعية من الاعتماد على نفس الدعوى لطلب إبطال شروط تعسفية يحتوى عليه عقد بيع آلة من آلات التجهيز المنزلي، مثلا إذا تم اقتناؤها من طرف عدد كبير من المستهلكين¹، ليضاف إلى الدعاوى التي سبق دراستها نوع آخر من الدعاوى التي يمكن للمستهلكين والجمعيات الاعتماد عليها والاستفادة منها من أجل محاربة البنود التعسفية والحد من انتشارها في العقود الاستهلاكية الخدماتية.

- النقطة الثانية: وهي أن موضوع الدعوى المدنية يكمن في تعويض الضرر الذي لحق بالمصلحة الفردية للمستهلكين، في حين تقوم دعوى التمثيل الفردية على توحيد المصالح الفردية لعدد من المستهلكين، في دعوى واحدة تمارسها الجمعية نيابة عنهم، وتشبه دعوى التمثيل الفردية دعوى المجموعة Class action والتي توجد في النظام الأمريكي، أو التقاضي الجماعي Recours collectif المنظم في القانون الكيبيكي، والذي يعطي للقاضي إمكانية البت في نزاع الاستهلاك بمسطرة واحدة في مجموعة من الدعاوى المماثلة والتي ترفع من عدة مستهلكين على مهني واحد².

وبخصوص التشريع المغربي للاستهلاك فقد اشترط توافر مجموعة من الشروط الخاصة، لقبول دعوى التمثيل المقترنة والتي حددتها المادة 158 من القانون 08-31.

ثانيا: الشروط الخاصة بممارسة دعوى التمثيل الفردية.

لقد نصت المادة 158 من القانون المتعلق بتدابير لحماية المستهلك المغربي على أنه: "استثناء من أحكام الباب الثالث من القسم الثاني من الفقرة الثالثة من الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية يجوز لكل جمعية من حماية المستهلك المشار إليها في المادة 157 في حالة ما إذا تعرض عدة مستهلكين وكانوا أشخاصا طبيعيين معروفة هويتهم، لأضرار فردية تسبب فيها نفس المورد وكان مصدرها واحدا، أن تقيم دعوى

¹ - Calais-Auloy(J).et Steinmetz(f).op.Cit.P,650.

² -Picod(V)et Davo(H) droit de la consommation 2eme ed.serey.2010.p,360.

المطالبة بالتعويض أمام أي محكمة باسم المستهلكين المذكورين عندما تكون موكلة من قبل مستهلكين اثنين على الأقل من المستهلكين المعنيين بالأمر."

وبناء عليه فإن دعوى التمثيل الفردية تتطلب توفر مجموعة من الشروط ومنها:

- وجود مستهلكين أشخاص طبيعيين ومعروفين، وهكذا لا يمكن ممارسة هذه الدعوى إلا لفائدة المستهلكين، حسب المفهوم الضيق للمستهلك أي الشخص الطبيعي الذي لا يتصرف لغرض مهني، وإنما لتلبية حاجاته الشخصية أو العائلية، أما المهنيون الذين يتعاقدون خارج نطاق تخصصهم من أجل مشاريعهم فإنه لا يمكن لهم الاستفادة من هذه الدعوى.

كما أن قبول الدعوى يتطلب أن تكون هوية المستهلكين الذين تتوب عنهم معروفة، وإذا كانت المادة 158 من القانون 31-08 تتطلب أن يكون المستهلكون معروفين قبل رفع الدعوى، فهل مفاد ذلك قانونا أن يكون كل المستهلكين معروفين بشكل مسبق؟.

فالنص القانوني غامض، وإذا فرض القضاء ذلك فإن دعوى التمثيل المقترنة ستصبح عمليا مستحيلة، وذلك في حالة وجود مئات أو الآلاف من المستهلكين تعرضوا لأضرار، نتجت عن إيراد بنود تعسفية من طرف نفس المهني، كما هو الحال بالنسبة لمشاركي خدمات الاتصال.

وقياسا على عدد التوكيلات التي يتعين على الجمعية الحصول عليها والمحددة في توكيلين يمكنها مباشرة الدعوى، فإنه يكفي أن تعرف الجمعية باثنين من المستهلكين حتى وإن كان عدد المتضررين يفوق ذلك بكثير، تسهila لممارسة هذه الدعوى وضمانا لفعاليتها، وإلا تعذرت الاستفادة منها كإمكانية جديدة لحماية مستهلك الخدمة الطرف في عقد الخدمة الاستهلاكي، خصوصا في الحالات التي يكون فيها عدد المستهلكين المتضررين كبير ومن مناطق متنوعة.

-أن تكون الأضرار قد تسبب فيها نفس المورد، وأن يكون مصدرها واحد، ومن صورها المألوفة في حالة سفر منظم من طرف وكالة تقديم الخدمات السياحية ولم يتم الحصول على الخدمات الموعود بها.

وبخصوص البنود التعسفية كحالة إدراج المورد لبند تعسفي في عقد استهلاكي يتعلق بتقديم خدمة لمجموعة من المستهلكين، يسمح للمورد بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة برسم خدمات لم ينجزها بعد عندما يقوم المورد نفسه بفسخ العقد، فهدف دعوى التمثيل المقترنة هو تجميع الدعاوى المماثلة من حيث الهدف والتي يرفعها عدد كبير من المستهلكين في دعوى واحدة.

ضرورة أن تكون الجمعية موكلة من قبل المستهلكين اثنين على الأقل من المستهلكين المعنيين بالأمر، وتمنح الوكالة كتابة من قبل كل مستهلك أي أنها وكالة فردية، ويجب أن تشير إلى موضوعها وتخول للجمعية صلاحية وصفة القيام بكل الإجراءات القضائية بما في ذلك ممارسة طرق الطعن، وقد تخضع العلاقة بين الجمعية الوكيلة والمستهلكين الموكلين للقواعد العامة، والتي تفرض من الناحية المبدئية أن يتعرض الموكل على شخص الوكيل، مادام القانون يعتبر الوكالة عقدا¹، ولا يمكن التماس الوكالة عن طريق دعوة العموم عبر التلفزة والإذاعة أو عن طريق إعلان أو منشور أو أية وسيلة من وسائل الاتصال عن بعد²، وذلك لتفادي تشويه سمعة المورد المهني في حين أن مسؤولية هذا الأخير قد لا تثبت فيما بعد ولا يتحمل المستهلك أي التزام بموازرة ومساندة الجمعية.

وبخصوص الاستفادة من آثار الحكم الصادر في الدعوى، فإنه إذا ما استطاعت الجمعية الحصول على حكم لصالحها، فإنه إضافة إلى إبطال البند التعسفي، فإن التعويضات تذهب للمستهلكين الموردين، وفي الحالة المعاكسة فإن المستهلكين لا يحصلون على أي تعويض اللهم فقدان حقهم في ممارسة الدعوى الفردية³.

وتبدو أهمية دعوى التمثيل المقترنة أنها تعطي للجمعية المعتمدة حق التدخل في الدعوى ومنح القاضي إمكانية رقابة خاصية التعسف في البنود العقدية، إضافة إلى ذلك

¹ - لقد عرف الفصل 879 من قانون الالتزامات والعقود بأن "الوكالة هي عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه ويسوغ إعطاء الوكالة أيضا لمصلحة الموكل والوكيل أو لمصلحة الموكل والغير، بل لمصلحة الغير وحده".

² - Calais-Auloy(J) et Steinmetz (F).op.cit, P 651.

³ - الفقرة 2 من المادة 158 من القانون 08-31، والمادة 2-422 من مدونة الاستهلاك الفرنسية.

فإنها تؤدي إلى تحسين وضعية المستهلك أمام القضاء، فالدعوى الفردية كما هو ثابت لا تشجع المستهلك المهني بسبب نفوذه الاقتصادي، وتفاديا للمصاريف القضائية وتجنب طول وتعقد الإجراءات المسطرية، كما أن تعدد الدعاوى الفردية يمكن أن يشكل محلا لأحكام قضائية متناقضة، وذلك من شأنه أن لا يحقق أمنا قضائيا، ورغم هذه الأهمية فإن دعوى التمثيل المقترنة لا تخلو من انتقادات ترجع في الواقع إلى صعوبة تحديد هوية المستهلكين الضحايا، وأيضا صعوبة بل واستحالة صرف التعويضات المحصل عليها على العدد الهائل من المستهلكين في بعض الحالات¹، كما أن الجمعية بممارستها لهذه الدعوى تغامر في تحملها المسؤولية، أولا تجاه المستهلكين الذين منحوها التوكيل²، ففي حالة خسارة الجمعية للدعوى لا يمكنهم الرجوع بدعوى فردية اتجاه نفس المهني طلبا لتعويض نفس الأضرار، ثانيا اتجاه المهني الذي تشوه سمعته قبل أن تثبت مسؤوليته بصفة نهائية، لهذا بقيت تطبيقاتها نادرة³، وأمام هذه المشاكل التي تعترض ممارسة هذه الدعوى نادى مجموعة من الفقهاء الفرنسيين باللجوء إلى دعوى المجموعة **Action de groupe** والمنظمة في القانون الأمريكي والكيبكي⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الدعوى قريبة من دعوى المجموعة، التي تعرفها بعض القوانين المنتمية إلى المدرسة الانكلوساكسونية مثل الولايات المتحدة الأمريكية، وتتميز هذه الأخيرة بكونها تشترط فقط حدوث أضرار فردية للمستهلكين بسبب نفس المهني، ولكن الجمعيات لا تلزم بالحصول على وكالة من المتضررين منهم، حيث يمكنها إقامة الدعوى ولو دون إخبارهم، وفي حالة حصولها على حكم يقر بمسؤولية المهني، تقوم بإشهار الحكم وإخبار المستهلكين به، وعندئذ يمكنهم التقدم بطلب الاستفادة من الحكم الصادر في هذا الشأن، أما المستهلكون الذين لم يناسبهم مضمون الحكم فيمكنهم ممارسة دعواهم الفردية⁵، ويظهر أن هذه الدعوى تتضمن كل مزايا دعوى التمثيل المشترك

¹ - المهدي منير، مرجع سابق، ص 363.

² - نزهة الخدي، مرجع سابق، ص 326.

³ - Picod(V) , Davo(H).op.cit.p391.

⁴ - Calais-Auloy(J). op.cit. P390.

⁵ - Calais-Auloy(J).et Steinmetz (F).op.cit.n°561.p.606.

وتتجنب مساوئها، حيث لا تحتاج إلى توكيل من طرف المستهلك كما لا يضر مسار القضية بالمستهلكين ولا يحرمهم من ممارسة دعواهم الفردية.

وخلاصة القول في هذا الصدد نخلص أن القانون المغربي لحماية المستهلك قد اقتبس نفس المقتضيات المتعلقة بدعوى التمثيل المشترك التي وردت في التشريع الفرنسي، دون التعمق في دراسة الواقع المغربي¹، الذي تناسبه إلى حد ما دعوى المجموعة المعمول بها في الدول الانكلوساكسونية، لأن المستهلك المغربي يتميز بضعف المستوى المعرفي في المجال القانوني، وهو الأمر الذي سوف يؤدي دون شك إلى صعوبة تطبيق دعوى التمثيل المشترك، نظرا لانعدام الوعي بأهمية توكيل الجمعية، وذلك يعني بأن المهني مورد الخدمة قد يفلت من المتابعة، في حين أن دعوى المجموعة تعطي للجمعية صلاحية التصرف من تلقاء نفسها، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، دون انتظار توكيل من المتضرر الحقيقي، وعلى هذا الأساس فإن كل تصرف يلحق ضررا بالمستهلك سوف يكون صاحبه معرضا للمساءلة القانونية أمام القضاء، وذلك لأن الجمعيات تتابع دائما الأنشطة المرتبطة بالاستهلاك، ويدخل في نطاق عملها محاربة كل ما من شأنه الإضرار بمصالح مستهلكي الخدمات، غير أننا نرى بأنها آلية مهمة فتحت الباب للمستهلكين المتضررين بالتكتل لمواجهة أضرار يتعرضون لها من نفس مورد الخدمة، وبمساندة هيئة مدنية لها ما يكفي من المعرفة القانونية والمساطر القضائية، حيث أن هذه الدعوى قد تشكل فرصة لمواجهة ظاهرة انتشار البنود التعسفية بعقود الخدمات الإذعانية خاصة التي تربط بين الأبنك وزبنائها، وكذلك مواجهة الزيادات غير القانونية في سعر الفائدة المطبق فعلا من طرف مؤسسات الائتمان، أو فرض بعض شركات القروض للتوقيع على بياض، مما يوسع بشكل كبير من نطاق حماية مستهلكي الخدمات ويعزز أمنهم التعاقدية.

الفقرة الثانية: الدعوى المدنية.

¹ - حسنة الرحموني، مرجع سابق، ص 433.

بالإضافة إلى دعاوى إبطال البنود التعسفية ودعوى التمثيل المشترك، فقد عمل المشرع المغربي على غرار القوانين المقارنة، على السماح للجمعيات في إطار تعزيز الأمن التعاقدى للمستهلكين بصفة عامة، ومستهلكي الخدمة بصفة خاصة، من خلال تدعيم مركزهم القانوني والدفاعي أمام المهني.

وهكذا نصت المادة 157 من القانون 31-08 على أنه: "يمكن للجامعة الوطنية ولجمعيات حماية المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة العامة طبقاً لأحكام المادة 154 أن ترفع دعاوى قضائية أو أن تتدخل في دعاوى جارية، أو أن تنصب نفسها طرفاً مدنياً أمام قاضي التحقيق للدفاع عن مصالح المستهلك، وتمارس كل الحقوق المخولة للطرف المدني والمتعلقة بالأفعال والتصرفات التي تلحق ضرراً بالمصلحة الجماعية للمستهلكين".

وتشكل هذه الدعاوى قيمة مضافة يمكن استثمارها لأجل تدعيم الأمن التعاقدى لمستهلكي الخدمات، ويعود تاريخ الاعتراف بهذه الدعاوى إلى صدور القانون 06¹/99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة قديماً، والذي اعترف صراحة لجمعيات المستهلكين بالحق في التقاضي دفاعاً عن المصلحة الجماعية لهؤلاء المستهلكين، وذلك من خلال مادته 99 والتي كانت تنص على أنه: "يمكن أن تنتصب جمعيات حماية المستهلكين المعلن أنها ذات منفعة عامة طرفاً مدنياً، أو أن تحصل على تعويضات عن الضرر اللاحق بالمستهلكين بناء على دعاوى مدنية مستقلة".

أما على مستوى القانون المقارن وخاصة في فرنسا، فقد كان القضاء الفرنسي مستقراً على عدم قبول دعاوى الجمعيات التي ترفعها دفاعاً عن المصالح التي ترعاها إلا بنص²، فإذا لم يوجد نص يقرر للجمعية الحق في ممارسة مثل هذه الدعاوى فعلى المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعاوى، وتأسيساً على ذلك قضت الغرفة المدنية الأولى

¹ - سبق أن أشرنا إلى أن القانون 06/99 القديم عدل وغير بالقانون 104/12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.
² - لأن ذلك يتعارض مع مبدأ كون النيابة العامة هي وحدها المكلفة بالدفاع عن المصلحة الجماعية وحمايتها، ومصلحة المستهلكين جزء من هذه المصلحة الجماعية، باعتبار أن كل شخص يعد مستهلكاً، وحول هذا الموقف يمكن الاطلاع على:

- Calais Auloy(J). Droit de la consommation. op.cit.p143.

بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1985/05/19 بعدم قبول دعوى الجمعية دفاعا عن المصلحة الجماعية للمستهلكين¹.

ولحل هذه الإشكالية لجأ المشرع في فرنسا إلى النص على السماح لجمعيات حماية المستهلك بالادعاء قضائيا لحماية المصالح الجماعية للمستهلكين، وكان رائده في ذلك اعتراف بعض الدول بمثل هذا الحل وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية فيما يعرف Class Action وبمقاطعة الكيبك بما يسمى² Recours Collectif.

وقد اعترفت بعض الدول الأخرى الأوروبية بخلاف فرنسا بحق الجمعيات في التدخل أمام القضاء لحماية المصالح الجماعية للمستهلكين³ مثل السويد والبرتغال.

أما في فرنسا فقد تعددت القوانين التي نظمت صلاحية جمعيات حماية المستهلك في التقاضي لمصلحة المستهلكين، حيث بدأت بقانون Royer لسنة 1973 حيث كونه النص الأساسي والأول الذي يتعلق بمسألة حق جمعيات حماية المستهلك في الادعاء أمام القضاء، وبعده قانون 5 يناير 1988 وانتهاء بقانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993.

ووفقا لقانون 27 دجنبر 1973 وتطبيقا للمادة رقم 46 منه⁴ يمكن لجمعيات حماية المستهلك المرخص لها لهذا الغرض، أن تباشر أمام المحاكم بجميع أنواعها الدعاوى المدنية التي تتعلق بالأعمال التي يترتب عنها ضررا مباشرا أو غير مباشر بالمصلحة الجماعية "المشتركة" للمستهلكين.

ويقصد بالمصلحة الجماعية، مصلحة مجموع المستهلكين الذين تمثلهم الجمعية، وتختلف المصلحة الجماعية للمستهلكين عن المصلحة الاجتماعية، أو مصلحة المجتمع

¹ - Ibid.p.143.

² - Picod , la charme discret de la class Action.Dalloz , trib, 2005. p657,

³ - Calais Auloy(J), droit de consommation. Op.cit.p 696.

⁴ -l'article 46 du loi du 27 déc.1973 indique que : "sauf préjudice des dispositions de l'article 3 du décret n°56-149 du 24 janv1956, les associations régulièrement déclarés ayant pour objet statuaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent si elles ont été agréées a cette fin, exercer devant toutes les juridictions compétentes l'action civile relative aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs...".

بأسره، فهذه المصلحة تتولى النيابة العامة الدفاع عنها في حالة حدوث ضرر اجتماعي عام¹.

ولاحظ بعض الفقه الفرنسي أنه يمكن أيضا للجمعيات المذكورة بناء على ما سبق، أن تطالب بإلغاء الشروط التعسفية التي تتضمنها العقود المقدمة أو المفروضة على المستهلكين، ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى التفسير الضيق للدعوى المدنية المسموح برفعها دفاعا عن المصالح الجماعية للمستهلكين طبقا للمادة 46 من قانون 1973، حيث قضت في قرارها الصادر بتاريخ 1985/01/16: "بأن الدعوى المدنية التي ورد النص عليها في المادة المذكورة يجب أن يقصد بها دعوى تعويض الضرر الحاصل بسبب مخالفة القانون الجنائي"، وقد انتقد هذا القرار في حالة أنه إذا لم تكن هناك جريمة جنائية، فإن جمعيات حماية المستهلكين لا تكون قادرة على الادعاء أمام القضاء ضد الممارسات التعسفية من جانب المهنيين².

ومع صدور قانون 5 يناير 1988 تم إعادة تنظيم دعاوى الجمعيات حيث تم إلغاء القانون السابق بموجب المادة 9 منه بموجب الفصل 46 من القانون 27 دجنبر 1973، واعترف بصفة صريحة للجمعيات المعتمدة بحق ممارسة الحقوق المعترف بها للطرف المدني، والنتيجة عن أفعال تسببت في ضرر مباشر أو غير مباشر بالمصلحة الجماعية للمستهلكين³، وأصبح الفصل 1/421 من القانون 93-949 الصادر في 26 يوليوز 1993 المتعلق بمدونة الاستهلاك الفرنسية، وطبقا لهذه المادة فإنه لقبول الدعاوى المرفوعة من الجمعيات لا بد من توفر شرطين وهما:

*الشرط الأول: يجب ارتكاب مخالفة يعاقب عليها القانون، إذ أن الجمعية لا تمارس الدعوى المدنية إلا في حدود ضيقة، تتمثل في إصلاح الضرر الناتج عن

¹ - الصغير محمد مهدي، مرجع سابق، ص 240.

² - Calais. Auloy (J). note sous cass. civ. 16 juillet 1987. D.S. 1988. p. 49.

³ - L'article 1^{ère} du loi 05 janvier 1988 dispose que : "les associations agréées peuvent exercer les droits reconnus a la partie civile relativement au fait portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs".

المخالفة، وهو الأمر الذي يتم بالتعويض المدني أو ما يصطلح عليه بالمقابل الذي يشمل التعويض العيني¹.

والملاحظ أن هذا التعويض أمام المحاكم الجنائية يخضع لنفس الأحكام التي تطبق على التعويضات في المسؤولية التقصيرية، والهدف الذي تسعى إليه الجمعية من خلال الدعوى القضائية هو الحصول على التعويضات التي من شأنها أن تحقق التعويض الكامل عن الضرر الشخصي الحال والمحقق الذي يصيب المستهلك، وفي المقابل ترفض الدعوى إذا كانت القاعدة القانونية التي تطلب الجمعية تطبيقها لا تتضمن إلا عقوبات ردعية.

وغاية المشرع في ربط ممارسة الدعوى المدنية بوجود فعل إجرامي، هو ضمان احترام النصوص القانونية ذات الطبيعة الجنائية كالغش والدعاية الكاذبة والمخالفات في مجال القروض الاستهلاكية...².

*الشرط الثاني: يجب أن ينتج عن المخالفة ضرر حقيقي يمس المصلحة المشتركة للمستهلكين، إما بصورة مباشرة أو غير مباشرة، فالمستهلك بمفرده يعد طرفاً ضعيفاً ولا يستطيع الدفاع عن مصالحه، ولكن باتحاده مع غيره من المستهلكين يمكنه أن يحفظ حقوقه أو على الأقل يستفيد من دفع الضرر عن نفسه³، ومثال ذلك قيام المهني مورد الخدمة بالدعاية التجارية المضللة للخدمة المقدمة من طرفه، وهو الأمر الذي سوف يؤدي دون شك إلى التأثير على جمهور عريض من المستهلكين ويدفعهم إلى التعاقد للاستفادة من الخدمة، وبالتالي فإن الضرر محتمل للجميع بغض النظر عن مكان تواجدهم، حيث أنه في هذه الحالة يمكن للجمعية التدخل بإقامة دعوى مدنية أصلية للمطالبة بمنع التصرفات المنافية للقانون.

¹ - المهدي منير، مرجع سابق، ص 325.

² - نزهة الخلدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد البنود التعسفية، مرجع سابق، ص 308.

³ - المهدي منير، مرجع سابق، ص 325.

وبمجرد توفر هذين الشرطين يمكن للجمعية أن تباشر الدعوى القضائية إما أمام المحكمة الجزرية أو أمام المحكمة المدنية، وذلك للمطالبة بالتعويض عن الضرر أو وقف الممارسات غير المشروعة.

وبالرجوع إلى القانون المغربي فالمادة 1/421 من مدونة الاستهلاك الفرنسية تقابلها المادة 153 من القانون 31-08، حيث أن المشرع المغربي قد أخذ بنفس المقتضيات الفرنسية مع بعض التعديلات الطفيفة، وأن المشرع الفرنسي قد قيد حق الجمعيات في رفع الدعوى المدنية لتعويض الضرر اللاحق بالمصلحة الجماعية للمستهلكين بضرورة وجود فعل جنحي، بل إن المشرع المغربي لم يشترط ذلك، وهو ما يستفاد من الصيغة العامة التي وردت بها المادة 153 من القانون 08-31، حيث أعطى للجمعيات الخيار بين أن تنتصب كطرف مدني في الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجنحية، أو أن ترفع دعوى مستقلة عن الدعوى الجنحية، وبمقتضى هذه الدعوى يمكن للجمعيات بالإضافة إلى طلبها التعويض المطالبة بوقف الممارسات غير المشروعة للموردين¹، ومنهم موردي الخدمات، وتكمن أهمية هذه الدعوى بالنسبة لمستهلكي الخدمة في اتساع نطاقها في حماية المصالح الجماعية للمستهلكين، خصوصا وأن آثارها لا تقتصر على الأشخاص المنتصبين كأطراف فيها بل تمتد إلى غيرهم ممن لم تشملهم الدعوى، حيث يمكن للجمعيات المرخصة والحاصلة على المنفعة العامة من خلال طلب سحب منتج لا يتلاءم مع المواصفات التنظيمية، أو طلب وقف الدعاية الكاذبة وإيقاف كل الأفعال والشروط غير المشروعة، وكذا طلب وضع حد لهذه الأخيرة والتي يدسها المهنيون في نماذج العقود الخدماتية، والمحكمة باستجابتها إلى هذه المطالبة تصدر

¹ - حيث إنه بمقتضى المادة 183 من قانون حماية الملكية الصناعية رقم 97-17 : " كن إقامة الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة لمعاقبة الأفعال غير المشروعة المنصوص عليها في المادة 182، كما يمكن إقامتها من طرف أي متضرر للمطالبة بالتعويض، سواء كان شخصا ذاتيا أو معنويا أو جمعية أو نقابة ولاسيما المنتجين أو الصناع أو التجار الذين يمكنهم التعرف بصورة صحيحة على منتجاتهم أو خدماتهم مع البيان أو التسمية المقصودة أو من طرف الجمعيات التي تمثلهم لهذا الغرض، دون إخلال بحقهم في اللجوء إلى الطريق المدني أو المطالبة بالإجراءات التحفظية." و الأفعال المشروعة تعرفها المادة 182 من نفس القانون كما يلي: "الاستعمال المباشر أو غير المباشر لبيان كاذب أو خداع يتعلق بمصدر منتج أو خدمة بهوية المنتج أو الصانع أو التاجر؛".

العقوبة التي تهدد الجاني بتسديد الغرامات المالية إذا استمر في مزاولة نشاطه بشكل مخالف للقانون.

وبهذا تكون الجمعيات قد أصبحت تتوفر على آلية قانونية تدخلية ووقائية للتصدي لهيمنة موردي الخدمات على العملية التعاقدية، مما يؤدي إلى تقوية الأمن التعاقدي بتطهير مجال التعاقد الاستهلاك الخدماتي من التصرفات غير المشروعة.

الفصل الثاني:

ضمانات الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمة المرتبطة بنظام المسؤولية

تشكل المسؤولية في الوقت الحاضر مشكلات القانون بصفة عامة، ولا غرابة في ذلك، فموضوعاتها ترجمة لواقع الحياة من منازعات وخصومات يومية بين الأفراد، وأحكامها تمثل الحلول القانونية لتلك المنازعات والخصومات، بذلك فقد فرضت نفسها وأرست وجودها الذي سيظل حيا دائما دوام الحياة في المجتمع⁽¹⁾، لذلك فإن أي تطور يصيب المسؤولية المدنية يحظى بالأهمية، لأنه من الممكن أن نجد في المستقبل أفكارا جديدة على ضوء ذلك التطور، وقد تتبلور الفكرة الجديدة لتصبح مبدأ قانونيا ستكون خاتمة المطاف في أن تتخذ صبغة التشريع⁽²⁾.

والقاعدة في مجال النظام القانوني لمجتمعنا أن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم مرتكبه بإصلاح هذا الضرر، وتطبق هذه القاعدة في إطار المسؤولية المدنية للأشخاص، كيفما كانت طبيعتهم أي سواء تعلق الأمر بأشخاص ذاتية أو اعتبارية، وقد ازدادت أهمية المسؤولية المدنية في المجال التعاقدي ومع اتساع نطاق التدخل التشريعي في ضبط مجال المعاملات العقدية، خاصة في العقود التي تتميز بعدم التكافؤ بين أطرافها، كما هو الأمر بالنسبة لعقود الاستهلاك، حيث يتطلب المستهلك حماية خاصة تجاه المورد الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، وهذا لن يتأتى إلا بإقرار مسؤولية ملائمة.

وهكذا فإن تشريعات الاستهلاك ومن بينها التشريع المغربي قد أحاط المستهلك بمجموعة من التدابير الحمائية العقدية، والتي تشكل التزامات قانونية يجب على الموردين الالتزام بها، وأهم ما يترتب على إخلال المورد بهذه الالتزامات قيام مسؤولية مدنية عقدية تقصيرية وزجرية، وبالنظر إلى كون عقود الخدمات الاستهلاكية في غالبيتها تربط بين مستهلكين أشخاص ضعيفة اقتصاديا وتقنيا في مقابل موردين أطراف

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، دار النهضة العربية، 1980، ص 3.
² - رأفت محمد أحمد حماد، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع- دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المطبعة التجارية الحديثة، 1990، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 4.

قوية تتخذ شكل شركات أو مقاولات، كما أن التعاقد يتم في الغالب بواسطة عقود نموذجية ليس للمستهلك إلا الإذعان لبنودها ومقتضياتها، لذلك كان المشرع حريصا على التدخل لتقوية الحماية للمستهلك من خلال أفراد خصوصية في نظام المسؤولية، حيث جاء بمقتضيات قانونية ساهمت في إحداث تطورات نوعية على نظام المسؤولية، كما أنها ستؤثر إيجابا على الأمن التعاقدي (الفرع الأول).

كما أن المشرع المغربي وحرصا منه على تعزيز الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات، فإنه لم يكتف بتوسيع نطاق المسؤولية، وإنما قام بخلق مؤيدات لضمان فعالية المسؤولية، من خلال استحداث المسؤولية الجنائية عن مخالفات قواعد التعاقد الاستهلاكي، وتعزيز دور هيئات الضبط المستقلة في إقرار المسؤولية التأديبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التطورات النوعية للمسؤولية وأثرها على الأمن التعاقدي

تتمثل هذه التطورات في تجاوز بعض القواعد التقليدية المحكومة بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حيث افتراض التكافؤ والمساواة بين الطرفين المتعاقدين، وتبني أسس جديدة للمسؤولية في مجال التعاقد الاستهلاكي، ومراعاة لمركز المستهلك الضعيف وعدم قدرته على مواجهة المورد في التعاقد من خلال انفراده الأحادي بإعداد العقد الاستهلاكي، فقد حسم التشريع المغربي مع مبدأ جواز الاتفاق على المسؤولية (المبحث الأول)، كما أن هذا الأخير عمل على توسيع نطاق المسؤولية المقررة لفائدة المستهلك (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الحسم التشريعي مع مبدأ جواز الاتفاق على المسؤولية

في التعاقد الاستهلاكي

خلافاً لقواعد المسؤولية التقصيرية التي تعد من النظام العام، وبالتالي فلا مجال للاتفاق على عكس ما قرره المشرع بشأنها من أحكام، فإن الوضع ليس كذلك بالنسبة لقواعد المسؤولية العقدية، حيث القاعدة العامة في ميدان المسؤولية العقدية هي جواز الاتفاق على تعديل أحكام هذه المسؤولية، ويتخذ هذا الاتفاق أكثر من مظهر، فهو قد يتم عن طريق الزيادة في حجم التعويض المستحق للطرف المضرور في حالة تحقق السبب الموجب لضمان المسؤولية، وقد يتم التعديل بطريقة تحكيمية⁽¹⁾، وذلك في الحالات التي يشترط فيها المدين إعفاءه من الضمان والمسؤولية كلا أو بعضاً، وإذا كان ذلك مقبولا في ظل العقود الرضائية (المطلب الأول)، التي تتميز بالمساواة والمفاوضة، فإنه غير ذلك في العقود غير المتكافئة كعقود الاستهلاك بصفة عامة، وعقود الخدمات الاستهلاكية على وجه الخصوص، حيث تطرح أمام المستهلك في شكل نماذج عقدية ليس للمستهلك إلا القبول والإذعان، فهي تتضمن شرطاً أو أكثر يتعلق بتنظيم آثار المسؤولية المترتبة على المعاملة محل العقد، كما يرد ذلك في الوثائق الإعلانية المخالفة للأصول المقررة قانوناً، فيجد المهني من نطاق المسؤولية لصالحه بالتخفيف من أحكامها أو آثارها (التعويض)، أو قد يصل الشرط الوارد بالعقد إلى إعفاء المورد من المسؤولية تماماً، ولهذه الأسباب وحرصاً على مصالح مستهلك الخدمة كطرف ضعيف، فقد تعاملت تشريعات الاستهلاك مع هذه الاتفاقات بمنطق المنع والتضييق بما يضمن الأمن التعاقدى لمستهلكي الخدمة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: جواز الاتفاق على تعديل المسؤولية العقدية كمبدأ

¹- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات- الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة على ضوء النصوص التشريعية الجديدة، مطبعة الأمنية، الطبعة الرابعة، 2015، ص 57.

يعرف الفقه⁽¹⁾ اتفاقات المسؤولية، بأنها: "تلك الاتفاقات التي يقصد بها تنظيم آثار المسؤولية على غير الوجه الذي نظمت عليه في القانون، وتفترض من ثم توافر جميع عناصرها، وتنقسم إلى ثلاثة أنواع اتفاقات رفع المسؤولية اتفاقات تخفيف المسؤولية والشرط الجزائي"⁽²⁾.

واتفاقات المسؤولية هي اتفاقات يراد بها تنظيم الآثار المترتبة على الإخلال بالعقد، أو المتولدة عن الإقدام على فعل غير مشروع، على نحو مخالف للتنظيم الذي أورده المشرع في شأنها، ويستوي أن يكون ذلك بتشديد المسؤولية أم بتخفيفها أم بالإعفاء عنها. ومن الأمثلة على النوع الأول، نجد أنه قد ينص في العقد على إطالة مدة الضمان⁽³⁾، أو أن يتفق الطرفان على أن يكون التزام أحدهما بتحقيق نتيجة، بدلا من بذل عناية، ومن الأمثلة على النوع الثاني أن يتضمن العقد بندا يقضي بقصر التعويض عن الإخلال بالالتزام على بعض الأضرار دون البعض الآخر، أما النوع الثالث فإنه يدرج غالبا في عقود الإذعان وهي التي يستقل فيها المدين (المهني) بوضع قانون العقد، ليجد الدائن (المذعن - المستهلك) نفسه مرغما على قبول الإعفاء من المسؤولية.

وستناول محدودية الاتفاق على تشديد المسؤولية في (الفقرة الأولى)، على أن نتناول الاتفاق على تخفيف المسؤولية (الفقرة الثانية)، وذلك للتنقيب عن خطورة هذه الاتفاقات على التوازن العقدي ومدى تهديدها لأمن التعاقد للمستهلك.

الفقرة الأولى : محدودية الاتفاقات المشددة للمسؤولية

بالرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية، ليس هناك ما يمنع الدائن من أن يشترط التشديد في مسؤولية المدين وضمانه، ففي عقد البيع مثلا يمكن للمشتري أن يدرج في العقد شرطا يحمل البائع تبعة ضمان العيوب البسيطة أو الظاهرة⁽⁴⁾، ومن قبيل ذلك أيضا جعل التزام هذا الأخير التزاما بتحقيق نتيجة بدلا من كونه التزاما ببذل عناية،

¹ -محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 11 .

² - لن نتناول أحكام الشرط الجزائي، لأننا قد تناولناه في الفرع الأول من الفصل الأول من الباب الثاني، المتعلق بالدور القضائي في تعديل العقد.

³ -علي سيد حسن ، الالتزامات بالسلامة في العقود- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1990، ص 146.

⁴ - عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني- المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 58.

والأكثر من ذلك فإنه حتى بالنسبة لهذا النوع من الالتزام- الالتزام بتحقيق نتيجة فإن الدائن يمكن أن يشترط على المدين تشديد مسؤوليته عن طريق تحميله السبب الأجنبي⁽¹⁾، أي أن المدين في مثل هذه الحالة يكون مسؤولاً في جميع الأحوال، ومن جهة أخرى فإن تشديد مسؤولية المدين قد تتم عن طريق اتفاق أطراف العقد على إمكانية تعويض الضرر غير المتوقع.

ويرى بعض الفقه إلى أنه بالرغم من جواز إدراج الاتفاقات المشددة للمسؤولية العقدية من الناحية النظرية، إلا أنه على المستوى التطبيقي تعتبر مثل هذه الاتفاقات قليلة مقارنة بتلك المخففة أو المعفية من المسؤولية، ولعل السبب الأساسي في ذلك هو اعتقاد المتعاقدين بأن الضمان القانوني هو أقصى ما يمكن توفيره للدائن، إضافة إلى عجز هذا الأخير عن فرض مثل هذه الشروط على المدين، خاصة إذا كان الطرف الثاني مهنيًا بينما الدائن مجرد طرف ضعيف أي المستهلك، كما هو الحال بالنسبة لمستهلك الخدمة، حيث إن وضعه لا يسمح له بفرض شروطه على المورد مقدم الخدمة، وهكذا فإن تشديد المسؤولية هو نوع نادر في الواقع العملي في علاقة المهني (المورد) بمستهلك الخدمة أو السلعة بل ويصعب احتمال حدوثه⁽²⁾.

أما في ميدان المسؤولية العقدية المترتبة على العقود المبنية على المساومة الحرة، فإننا نلاحظ أن العادة جرت على إدراج البنود المشددة للمسؤولية الملقاة على عاتق المدين، ويمثل الشرط الجزائي واحداً من أبرز أوجه تشديد هذه المسؤولية في حق المدين، حيث يتم الاتفاق على تقدير التعويض بطريقة جزافية قبل حصول الفعل الموجب لاستحقاق التعويض.

وقد سبق وأشرنا إلى أن المشرع المغربي تدارك النقص الذي كان يشوب الفصل 264 ق. ل. ع، بتنصيبه صراحة في الفقرة الثانية منه على جواز التعامل بالشرط الجزائي كوسيلة ناجحة لإرغام المدين على الوفاء بالتزاماته العقدية في الوقت المحدد

¹- عبد الرحمن الشرقاوي، القانون المدني- الكتاب الأول- مصادر الالتزام- الجزء الأول- التصرف القانوني، مرجع سابق، ص 397.

²- محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص 390.

دون مطل وتأخير، وذلك بمقتضى القانون 95-27 الذي دخل حيز التطبيق بناء على الظهير الصادر في 11/8/1995 الذي أشرنا إليه سالفاً⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: شيوخ الاتفاقات المعفية والمخففة للمسؤولية .

يقصد باتفاقات رفع المسؤولية واتفاقات تخفيف المسؤولية على التوالي، بكون الأولى هي تلك التي يتنازل فيها أحد طرفيها عن حقه في التعويض قبل الآخر، إذا أصابه ضرر يكون هذا الأخير مسؤولاً عنه، أو بعبارة أخرى ملتزماً بتعويضه وتلحق هذه الاتفاقات في العادة بالعقود وتأخذ شكل بنود فيها⁽²⁾.

أما اتفاقات تخفيف المسؤولية فهي تلك التي بمقتضاها يخفض التعويض عن قدر الضرر الذي يستوجبه، أو تنقص المدة التي يجوز في أثناءها رفع دعوى المسؤولية، بحيث تعين في الحالة الأولى قدراً لا يتجاوزه التعويض الذي يلتزم المسؤول بدفعه، وتحدد في الحالة الثانية لرفع دعوى المسؤولية مدة أقل من المدة المعينة في القانون لتقادم هذه الدعوى⁽³⁾.

ويرى بعض الفقه أن من أخطر ما تسمح به المبادئ التقليدية، كمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الحرية التعاقدية، هو الشروط المعدلة للمسؤولية ومنها شروط التخفيف والإعفاء من الضمانات، فهذه الشروط عظيمة الأثر على اقتصاديات العقد، وعلى تكوينه الداخلي خصوصاً إذا ما أدت إلى إفراغ العقد من جوهره و مضمونه⁽⁴⁾.

وهناك الكثير من النصوص التشريعية في قانون الالتزامات والعقود، التي تؤكد إمكانية تخفيف المسؤولية والضمان، من بينها الفصول 554 و 571⁵ من ق.ل.ع.م.

¹ - للتعلم في هذا الموضوع أكثر، انظر: عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي- دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة ، الطبعة الخامسة، 2003، ص50.

- كذلك الأستاذ فؤاد معلال، الشرط الجزائي في القانون المغربي، مرجع سابق، الصفحات من 245 إلى 254.

² - محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 40.

³ - محمود جمال الدين زكي، نفس المرجع، ص 171.

⁴ - حسن عبد الباسط جميعي، شروط التخفيف والإلغاء من ضمان العيوب الخفية- دراسة مقارنة، بدون ناشر 1993، ص 40.

⁵ - نص الفصل 544 من ق.ل.ع.م على أنه: "يسوغ أن يتفق المتعاقدان على أن البائع لا يتحمل بأي ضمان أصلاً، ولا يكون لشرط عدم الضمان أي أثر.

- إذا بني الاستحقاق على فعل شخص للبائع نفسه.

- إذا وقع تدليس من البائع كما إذا باع ملك الغير على علم منه وكما إذا كان يعرف سبب الاستحقاق ولم يصرح به"

- ينص الفصل 571 من ق.ل.ع.م على أنه: " لا يضمن البائع عيوب الشيء أو خلوه من الصفات المطلوبة فيه:

ويندرج ضمن الشروط أيضا، تلك التي يهدف المدين ورائها إلى استبعاد هذه المسؤولية مطلقا كان يتم التعاقد من غير ضمان أو التعاقد دون التحمل لتبعات المسؤولية في حالة تحقق السبب الموجب لرفع دعوى التعويض.

فالقاعدة في مجال المسؤولية العقدية في ظل القانون المغربي، هو جواز اتفاق الأطراف على إدراج الشروط التي تسمح بالتخفيف أو الإعفاء من المسؤولية العقدية، وذلك بخلاف الأمر بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، التي تعتبر قواعدها من النظام العام⁽¹⁾.

وبالرغم من المشرع لم ينص على هذه القاعدة بشكل صريح، إلا أنها تستشف من قراءة الفصل 232 ق. ل. ع ، الذي جاء فيه، "لا يجوز أن يشترط مقدما عدم مسؤولية الشخص عن خطئه الجسيم وتدليسه".

ذلك أن هذا الفصل يثير ملاحظتين أساسيتين: الأولى أنه عن طريق المخالفة لهذا الفصل، فإن المشرع المغربي يسمح بجواز الاتفاقات على التخفيف والإعفاء من المسؤولية العقدية، أما الملاحظة الثانية فهي عدم جواز اتفاق المتعاقدين على إعفاء المدين من مسؤولية العقدية، إذا صاحب إخلال تنفيذ التزامه خطأ جسيم أو تدليس.

وعموما فإذا كانت القاعدة العامة تقضي بجواز الاتفاق على التخفيف والإعفاء من المسؤولية العقدية، إلا أن هناك مجموعة من الاستثناءات التي لا يجوز فيها مثل هذه الاتفاقات، ولعل أهمها حالة الخطأ الجسيم والتدليس⁽²⁾، وحالة الإخلال بالالتزامات المتعلقة بالنظام العام⁽³⁾، والحالة التي يكون فيها للشرط تأثير على سلامة وصحة الأفراد⁽⁴⁾، وأخيرا حالة الشروط المدرجة من قبل المهنيين الهادفة إلى إلغاء حق المستهلك في الحصول على التعويض أو التخفيف منه، وغيرها من الشروط التي تعتبر

- إذا صرح بها.

- إذا اشترط عدم مسؤوليته عن أي ضمان.

¹ - Nammour. (F), Cabrillac Rémy, Cabrillac Severien et Lacuyer Hervé, Droit des obligations, droit français droit libanais : perspective vers européens et international, L.G.D.J. 1^{ère} édition, 2006, p 233

² - تطبيقا للفصل 232 من ق. ل. ع. م

³ - الفصل 264 ق. ل. ع. م بخصوص التعويض الاتفاقي الزهيد.

⁴ - ينص الفصل 772 من ق. ل. ع. على أنه: "يبطل كل شرط موضوعه إنقاص أو إسقاط ضمان أجبر الصنع لعيوب صنعه، وعلى الأخص إذا كان قد أخفى عن قصد هذه العيوب، أو كانت هذه العيوب ناشئة عن تفريطه الجسيم".

تعسفية حسب مقتضيات القسم الثالث من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك.

وبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي فقد خلا من النص على مشروعية اتفاقات المسؤولية، فإنه لم يسمح بشروط عدم المسؤولية⁽¹⁾، وهو الأمر الذي أثار التساؤل حول مدى صحة اتفاقات المسؤولية⁽²⁾.

ولقد كان الفقه الفرنسي ومن بادئ الأمر مع مشروعية اتفاقات المسؤولية وسانده في ذلك أحكام القضاء الفرنسي⁽³⁾، حيث أرست المبدأ القائل بمشروعية اتفاقات تعديل المسؤولية العقدية وعدم مشروعيتها بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، بحيث أن قواعد المسؤولية التقصيرية حسب الفصل 1382 من القانون المدني الفرنسي من النظام العام، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁽⁴⁾.

وما يفهم معه أن الشروط الخاصة بتعديل المسؤولية العقدية، وبالعكس تعد مشروعة بحسبان أن القواعد القانونية الخاصة بمسؤولية المتعاقدين، ليست قواعد أمرة بل هي قواعد مكملّة لإرادة المتعاقدين.

وحيث يرى البعض أنه لما كانت المسؤولية العقدية منشأها العقد، وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين، وإذا كانت الإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية، وإذا كانت الإرادة الحرة هي التي أنشأت قواعد المسؤولية، فإن لها أن تعدلها، والأصل هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية، وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب، أما المسؤولية التقصيرية فهي ليست وليدة الإرادة الحرة، بل هي حكم القانون⁽⁵⁾.

¹ -Terre François , Simler Phillipe , et Lequette Yves : Droit civil, les obligations, 9^{ème} édition Dalloz , 2005, p 622.

² -Ibid, p 623.

³ - Cass. Civ, 2^{ème} ch .17 février 1995 . 17 JCP 1955.II .8991, note. Rodière (R) , Grands Arrêts . tome 2. N° 181

⁴ -Sur le terrain de l'article 1382 responsabilité délictuelle les clauses de non responsabilité sont contraire à l'ordre public.

⁵ - السنهوري، مرجع سابق، ص 683.

ونفس الشيء بالنسبة للقانون المصري، حيث أننا بالرجوع إلى الفصل 218⁽¹⁾ من القانون المدني نجدها تسير في نفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع المغربي، حيث يشترط القانون لصحة الاتفاقات التي تخفف من المسؤولية العقدية، أو تعفي منها كلية ألا يكون خطأ المدين عمدياً (غشاً)، أو خطأ جسيماً، وعلى ذلك فإذا أصيب الدائن بضرر نتيجة خطأ عمدي من المدين أي نتيجة تعمدته عدم تنفيذ التزامه أو نتيجة خطأ جسيم كان للدائن أن يطالب المدين بالتعويض، ولا يعمل من ثم بالاتفاق الذي يعفيه من المسؤولية. وقيس بعض الفقه⁽²⁾ الغش أو الخطأ الجسيم من المدين على الخطر الخاص باتفاقات المسؤولية التقصيرية، فيرى أن غش المدين وخطأه الجسيم من النظام العام، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو تخفيفها إذا ما ترتب على الغش أو الخطأ الجسيم، ومن ثم فإن صحة الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية تضحى قاصرة على خطأ المدين التعاقدى اليسير دون غيره.

الخلاصة إذن أن القاعدة العامة في هذا الصدد، ووفقاً لنصوص القانون المغربي والفرنسي والمصري والمستقر عليه فقها وقضاء في فرنسا، هي مشروعية اتفاقات تعديل المسؤولية فيما يتعلق بخطأ المدين اليسير، في حين تبطل مثل هذه الاتفاقات في حالة المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية عن الغش والخطأ الجسيم، بحسبان الحالات الأخيرة من النظام العام، كالقواعد الآمرة ولا يجوز مخالفتها.

وهكذا نجد أن المشرع وبتطبيق مبدأ المخالفة للفصل 232 من ق. ل. ع، أنه أقر صحة شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية في حدود الخطأ اليسير فقط، سواء أصدر عن المدين نفسه، أو عن من يستخدمهم في تنفيذ التزامه طبقاً للفصل 233 من نفس القانون، وهو ما أكدته قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس الصادر بتاريخ 2003/9/25⁽³⁾ حيث جاء فيه: "على أنه تمتد مسؤولية البنك لتشمل فعل وخطأ

¹ - تنص المادة 218 من القانون المدني المصري على أنه:

"- يجوز الاتفاق على أن يحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة

- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ من غشه أو خطئه الجسيم".

² - Terre (F) , Simler (PH) , et Lequette (Y). Les obligations, op. cit p 623.

³ - قرار رقم 1040، ملف عدد 3/861 منشور بمجلة المعيار، عدد 32، ص 234.

المستخدمين لديه في تنفيذ التزامه بمقتضى المادتين 85 ق 233 من ق. ل. ع. م. ويكون البنك ملزماً بإرجاع ما اختلسه مستخدميه من أموال وقيم كانت مودعة لديه". وفي نفس الاتجاه فقد جاء في حكم محكمة التمييز دبي الصادر بتاريخ 2007/11/68 أنه: "من المقرر أنه يجوز الاتفاق على الإعفاء عن المسؤولية العقدية ما لم يرتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً، والغش يتمثل في الامتناع عن تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، وهو ينطوي دائماً على سوء النية غير أنه لا يشترط فيه توافر قصد الإضرار بالدائن، أما الخطأ الجسيم فهو الخطأ الذي يقع بدرجة غير يسيرة، وهو صورة من صور الإهمال وعدم اكتراث بالغ بالالتزامات دون نظر إلى الضرر المحتمل من جراء هذا الاستهتار، وإنه ولئن كان استخلاص الخطأ الجسيم من أمور الواقع التي تختص بها محكمة موضوع، إلا أن تكييفه على هذا النحو مسألة قانونية تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة التمييز⁽¹⁾.

وبما أن الغش والخطأ الجسيم من المفاهيم المطاطة، فيمكن للقاضي أن يتوسع في تفسيرها لتشمل كل إعفاء من المسؤولية يضر بالمستهلك. ولقد قرر الفقه الفرنسي وتبعه القضاء قاعدة وصفت بالذهبية مفادها أنه يفترض علم البائع المهني بعيوب السلعة التي يبيعها، ويترتب على هذه القاعدة بطلان أي شرط ينقص الضمان أو يعفي صاحبه منه، وهذا الأمر يعيد التوازن إلى الرابطة العقدية ويحمي المستهلك ولم يستثني إلا إذا كان التعاقد مهني.

وخلاصة الأمر نجد أن الأصل العام جواز الاتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية، باستثناء إعفائه من العمل غير المشروع أو الغش، غير أن جواز الإعفاء في بعض الحالات يسمح لمقدم الخدمة أن يضمن بندا يعفيه من أية مسؤولية تترتب على إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وهذا الشرط جد خطير⁽²⁾ على الأمن التعاقدي، حيث يكرس اللاتوازن والإهمال في حق مصالح المستهلك كطرف ضعيف، ويؤدي إلى ضياع حقوقه كان يضع شرطاً يعفيه من رد

¹-أورده فؤاد الشعيبي، التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصالات، مرجع سابق، ص 566.

²-محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 116.

المبالغ المدفوعة إذا قرر المستهلك المشترك في عقد خدمة الاتصال فسخ عقد الاشتراك مع مورد خدمة الاتصال.

هذا عن القاعدة العامة في صحة القاعدة العامة في صحة اتفاقات المسؤولية، فهل يختلف الحال فيما يتعلق بقواعد حماية المستهلك أو هل يتمتع الدائن مستهلك الخدمة بقواعد أكثر حمائية فيما يتعلق بخطأ المدين (مورد الخدمة) أو أي من مساعديه.

المطلب الثاني: تعامل جديد مع الاتفاقات المعدلة للمسؤولية في

التعاقد الاستهلاكي.

نظرا لخصوصية الحماية الموجهة للمستهلكين بصفة عامة ومستهلكي الخدمات بصفة خاصة، فنجد أن تشريع الاستهلاك المغربي قد قيد باب الاتفاقات المعدلة للمسؤولية، وبالتالي فإن أي بند أورده مورد الخدمة في العقد الاستهلاكي يكون متصفا بالصبغة التعسفية (الفقرة الأولى)، وهو نفس الأمر بالنسبة للتشريع الفرنسي الذي كان متشددا في حظر الاتفاقات المعدلة للمسؤولية في مجال الاستهلاك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : اتصاف الاتفاقات المعدلة للمسؤولية بالصفة التعسفية في

قانون الاستهلاك المغربي.

إن غالبية عقود الاستهلاك الخدماتية تتضمن شروط الإعفاء من المسؤولية، وهذه الشروط تلحق ضررا بالمستهلك كطرف ضعيف، الأمر الذي ينعكس سلبا على متطلبات الأمن التعاقدي⁽¹⁾.

ومن أمثلة الشروط المعفية من المسؤولية الواردة في عقود الخدمات، نجد الشرط الذي يعفي البنك مصدر البطاقة نفسه من المسؤولية في حالة عدم قبول البطاقة من طرف التجار، وكذلك الشرط الذي يعفي البنك كذلك نفسه من المسؤولية عن أية أضرار

¹ محمد الخياط الدري، الأمن التعاقدي في التشريع المغربي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، تطوان، السنة الجامعية 2018/017، ص 40.

تنشأ نتيجة عطل في جهاز السحب النقدي الآلي بسبب خلل فني أو عدم كفاية المبالغ المتوفرة أو لأي سبب آخر⁽¹⁾.

إن لشروط الإعفاء من المسؤولية عيوب عديدة، فهي تعبر عن انتفاء الحرية التعاقدية، لأن الدائن عند ما يقبل هذه الشروط فهو إما أن يكون مدفوعاً أو مضطراً أو غير منتبه، وهذه الشروط تعطي للمدين سلطة مطلقة بين تنفيذ التزاماته وعدم تنفيذها، فيصبح تنفيذ الالتزام اختيارياً، وبهذا يمكن للمدين أن يكون مهملًا، بل ويمكنه أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته ملتصقاً بمبررات مختلفة، ومطمئناً إلى عدم مسؤوليته كما أن هذه الشروط تخالف النظام العام.

كونها تهدم فكرة المسؤولية العقدية، وتهدم كذلك فكرة السبب في العقد، فهدم مسؤولية المدين المورد عن تنفيذ التزاماته يعني في واقع الأمر غياب سبب مقابل للالتزام⁽²⁾.

وشروط الإعفاء من المسؤولية بالإضافة إلى أنها تحرم الدائن مستهلك الخدمة من التعويض عن الضرر اللاحق به، فإنها تمس استقرار المعاملات⁽³⁾. وهكذا يتضح أن شروط الإعفاء من المسؤولية، لا تتماشى مع المرتكزات التي يقوم عليها الأمن التعاقدي لمستهلكي هذه الخدمات، إذ تهدف تلك الشروط إلى تملص أحد طرفي العقد من المسؤولية الملقة على عاتقه بموجب مقتضيات العامة، وتكبل يد الطرف الآخر وتجعله إن صح التعبير أسير الطرف المقابل له في العقد، فيما يعتبر الأمن التعاقدي درعاً واقياً في العلاقة التعاقدية يلبسه جميع أطراف هذه العلاقة من أجل الاحتماء من كل خطر يهددهم.

¹ - تنص الفقرة الرابعة من المادة 96 من الشروط العامة لاستعمال انتر بنك على ما يلي: إن البنك غير مسؤول عن أي عطب أو توقف مؤقت يصيب الشبائيك الأوتوماتيكية، والذين يحول دون تمكن صاحب البطاقة من استعمال هاته الشبائيك.

كما تنص الفقرة الرابعة من الفصل التاسع من الشروط العامة لبطاقة روبي ماستر كارد على ما يلي: لا يمكن لمصرف المغرب بأي حال من الأحوال أن يسأل عن نتائج الاستحالة على صاحب البطاقة بأن يستغل الأجهزة على إثر عطب أو توقف مؤقت أو عن استعمالها السيئ".

² - أحمد سليم فريز نصر، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المصري، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس فلسطين، السنة الجامعية 2006 ص 62.

³ - نزهة الخدي، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني- المسؤولية المدنية، مرجع سابق ص 67.

وضعف الطرف الدائن بالعقد (مستهلك الخدمة) سواء من الناحية الفنية أو التقنية لا يعتبر مسوغا وضوءا أخطرا، يعطي الحق للطرف المدني الحق في استغلال الدائن، ومن تم الركوب على ضعف هذا الأخير، من أجل تلبية حاجياته التعاقدية بشكل تنفي معه معالم العدالة التعاقدية.

ومن هنا يتبين تأثير شرط الإعفاء من المسؤولية على الأمن التعاقدي للمستهلك، على اعتبار أن هذه الشروط تنتفي معها مبادئ العدالة التعاقدية، والأمن التعاقدي على العكس من ذلك تماما، يسعى إلى إسباغ الروابط العقدية بتلك المبادئ، عن طريق تكريس العدل والإنصاف في مجال التعاقد⁽¹⁾.

ونظرا لخطورة هذه الشروط على الأمن التعاقدي، خاصة لما يكون الطرف المتعاقد مستهلكا، ذهبت معظم التشريعات الحديثة التي أولت عناية خاصة لحماية المستهلك، إلى العمل على التصدي لها من خلال إقرار مجموعة من النصوص التي تهدف إلى القضاء على مفعولها، ومن ذلك المشرع المغربي الذي أدلى بدلوه بهذا الخصوص من أجل تنظيف البيئة التعاقدية، والعمل على ترسيخ مبادئ الأمن التعاقدي.

فإضافة إلى الفصل 232 من ق. ل. ع، الذي نص على أنه: "لا يجوز أن يشترط مقدما عدم مسؤولية الشخص عن خطئه الجسيم وتدليسه"، وكذلك الفصل 743 من نفس القانون⁽²⁾، كما جاء المشرع بمقتضى مهم ينص على بطلان اتفاقات المسؤولية في مجال المسؤولية عن المنتجات المعيبة، حيث نصت المادة 13/106 من القانون 09.24 على أنه:

¹ - محمد الخطيب الدري، مرجع سابق، ص 41.

- انظر أيضا - عبد المجيد اغميجة، أبعاد الأمن التعاقدي وارتباطاته، مرجع سابق، ص 106-107.

² - قرر المشرع بطلان كل شرط من شأنه تقييد واستبعاد مسؤولية أصحاب النزل والفنادق ومكتربي الدور والغرف المفروشة وملاك الحمامات والمقاهي، والمطاعم والملاهي العامة، حيث يسألون عن هلاك ووقوع عيب وسرقة الأشياء والأمتعة التي يأتي بها النزلاء.

"تطبيقاً لأحكام هذا الباب تعتبر باطلة كل الشروط المحددة أو الملغية أو المقلصة لمسؤولية المنتج أو المستورد تجاه الضحية، وكذلك كل شروط الإعفاء منها"⁽¹⁾، كما جاء في المادة 64 من القانون البحري على أنه: "يكون باطلاً وعديم الأثر كل شرط مدرج في تذكرة الشحن أو في سند كان يتعلق بنقل بحري مبرم في المغرب، أو في بلاد أجنبية تكون غايته مباشرة أو غير مباشرة إعفاء المجهز من مسؤوليته أو مخالفته قواعد الاختصاص أو قلب عبء الإثبات".

وفي عقد خدمة النقل الجوي أبطل المشرع كل شرط من شأنه الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف من الحد المقرر قانوناً للتعويض عن بضائع كل مسافر⁽²⁾.

إضافة إلى هذه الباقية المتنوعة من النصوص القانونية الواردة في القواعد العامة للعقود، أو في بعض القوانين الخاصة بممارسات تجارية كما هو الحال في النقل الجوي والنقل البحري، نجد أن المشرع المغربي لم يدخر جهداً في تطويق شروط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها في قانون الاستهلاك المغربي.

وحيث نجد أن هذا الهاجس في حماية المستهلك، وجد صداه في القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك، والذي اعتبر شرط الإعفاء من المسؤولية أو الحد منها شرطاً تعسفياً، وهكذا نصت الفقرة الثالثة من المادة 18 منه على أنه يعتبر شرطاً تعسفياً ".... إعفاء المورد من المسؤولية القانونية أو الحد منها، في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمية نتيجة تصرف أو إغفال من المورد"، ورتبت عليه المادة 19 من نفس القانون جزاء البطلان، وهو ما سبق وإن أكدته المادة 77 من ق. ل. ع التي نصت في فقرتها الثالثة على أنه: "وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر"، وبالتالي نرى بأن القانون 31.08 اكتفى فقط باعتبار شرط الاتفاق على تعديل المسؤولية بأنه شرط تعسفي، ولم يقرنه بأي جزاء زجري يردع المهني عن إدراجه أصلاً في العقد الاستهلاكي.

¹- أضيف باب المسؤولية المدنية عن المنتجات المعيبة في قانون الالتزامات والعقود بموجب المادة 65 من القانون 24.09 الصادر بتاريخ 17 غشت 2011، الجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 22 شتنبر 2011، ص 4678.

²- القانون 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 بتاريخ 1 غشت 1996، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 3 أكتوبر 1996، ص 2187.

وفي هذا الصدد يقول بعض الباحثين المغاربة أن القانون 31.08 لم يأت بجديد على مستوى المقتضيات المنظمة لاتفاقات المسؤولية، وإنما كرس نفس الحماية التي كان منصوصا عليها في القواعد العامة، إلا أن عدم تكريسها يرجع في نظرهم إلى عدم وجود قضاة متخصصين في مجال الاستهلاك أولا، وإلى عدم وعي المستهلك المغربي بالحقوق الممنوحة له كمستهلك ثانيا، لأن نجاح أي قانون لا يقاس بحداثته وتنظيمه للحقوق والواجبات، وإنما بوعي الشخص الذي سيطبق عليه⁽¹⁾.

غير أننا نرى خلاف ذلك، لأن اتفاقات المسؤولية في ظل القواعد العامة كانت منظمة بقواعد مرنة تسمح ببعض الاتفاقات ولا تمنعها إلا في حالات محددة، كما هو الحال في الخطأ الجسيم والتدليس، مما كان يجعل القاضي المدني لا يتدخل في العادة خارج هذا الإطار، حيث سيادة فلسفة العقد شريعة المتعاقدين، غير أن هذا المقتضى التشريعي الحمائي الجديد جعل من اتفاقات المسؤولية بنودا تعسفية، لن يجعل القضاء يتأخر في إبطالها، وهذا سيؤدي إلى توفير حماية فعالة في حالة إخلال المورد بالتزاماته التعاقدية التي يفرضها عقد الاستهلاك، كما هو الحال في التأخير في تقديم الخدمة أو التنفيذ المعيب للخدمة.

خلاصة القول نقول أن المشرع المغربي لم يدخر جهدا من أجل تطويق الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية، سواء تلك التي تتعلق بإعفاء المورد من المسؤولية أو التخفيف منها، الأمر الذي يدفعنا إلى التنويه بهذا المجهود التشريعي، الذي ومن دون شك سيساهم من هذا الجانب في تعزيز الحماية لمستهلك الخدمة، وبالتبعية المساهمة في تكريس أمنه التعاقدي.

ولتقييم تقدمية التشريع المغربي في هذه المسألة، سنتولى التطرق إلى موقف مشرع الاستهلاك الفرنسي.

¹- غيثة ذكاوي، مرجع سابق، ص 209.

الفقرة الثانية: حظر قانون الاستهلاك الفرنسي لاتفاقات المسؤولية

بالرجوع إلى قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر بتاريخ 10 يناير 1978 قبل تعديله سنة 1995 والخاص بحظر الشروط التعسفية⁽¹⁾ وتنظيمها، فإن المشرع بين البنود التي تستطيع السلطة الإدارية وبموجب مرسوم يصادق عليه مجلس الدولة أن تمنعه أو تحدده أو تنظمه، إذا رأت أنها شروط تعسفية، تلك التي يكون موضوعها أو من أثرها رفع أو تخفيف مسؤولية المتعاقد المهني إزاء المتعاقد غير المهني أو المستهلك، وبالتالي فإن النصوص التشريعية وتأكيدا لمسلك القضاء الفرنسي تضع بعض القواعد الآمرة على عاتق المتعاقدين وتكون من النظام العام ، ولا يجوز مخالفتها، وهذه الفكرة الخاصة بالنظام العام الحمائي تجد صداها في قانون الاستهلاك الفرنسي بغية حماية المستهلك الطرف الضعيف الذي يتعاقد مع آخر تتوافر له صفة المهني، والذي تتجمع فيه القدرة الاقتصادية والفنية والمالية الكبيرة، بما يؤهله إلى إفراغ العلاقة التعاقدية لصالحه، ودون الاعتداد بحاجة المستهلك⁽²⁾.

ويظهر في قانون الاستهلاك الفرنسي طابع النظام العام الحمائي الاقتصادي في غير قليل من القواعد، التي تنتظم من خلال تقنين الاستهلاك الفرنسي⁽³⁾، سواء ما يتعلق بالشروط التعسفية أو حماية المستهلك في مجال خدمات الانتماء.

وتحت تأثير التوجهات الأوروبية على التشريع الفرنسي نصت المادة L 141/4 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أن القاضي له الصلاحية بأن يتصدى ومن تلقاء نفسه لجميع أحكام هذا القانون في المنازعات الناشئة عن تطبيقه⁽⁴⁾، وقد تمت إضافة هذا النص لقانون الاستهلاك في فرنسا بموجب القانون الصادر في 3 يناير 2001 أو ما يسمى بقانون « chatel » ، وبمقتضاه يكون لقاضي الموضوع أن يتصدى لتطبيق

¹ -المادة L 132-1 من مدونة الاستهلاك الفرنسية الحالية.

² -Raymond,(G), Droit de la consommation, op. cit, p 240 .

³ -l'ordre public économique de protections, dans ce sens voir, Picod, (Y) , et Davo (H) . op.cit p : 16.

⁴ -حيث جاءت المادة L 141-4 في صيغتها الفرنسية:

- Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions de présent code dans les litiges nés de son application.

القواعد الحمائية الواردة بتقنين الاستهلاك، حتى ولو لم تتم إثارتها من قبل الخصوم، فيلغي أحد الشروط التعسفية ولم تكن محل منازعة من طرف المستهلك، وهكذا ووفقا للتنظيم التشريعي للشروط التعسفية في قانون الاستهلاك النافذ وبموجب المرسوم الصادر في 18 مارس 2009، فإن شروط تعديل المسؤولية بالإعفاء منها تندرج ضمن القائمة السوداء، وهي باطلة بطلانا مطلقا بموجب قرينة قانونية قوية، وباعتبارها تتعلق بالنظام العام الحمائي للمستهلك، وبمثابة قواعد أمر حماية المستهلكين.

وهكذا نرى أن المشرع الفرنسي تعامل أكثر صرامة مع الاتفاقات المتعلقة للمسؤولية في عقود الاستهلاك بصفة خاصة، حيث أنه صنفها ضمن القائمة السوداء، حيث أصبحت من الشروط غير القانونية وتجاوزت صفة الشرط التعسفي، والأمر الذي زاد من تأكيد أهمية هذا المقتضى، منح القاضي صلاحية إثارتها تلقائيا ولو لم تطلب من طرف المستهلك، وهذا فيه ضمان لمستهلكي الخدمات، حيث سيحجم مقدموا الخدمات عن تضمين هذه البنود في نماذج العقود المقدمة للمستهلك بصفة قبلية، كما نجد أن المشرع المصري وبمقتضى قانون حماية المستهلك رقم 2006/67 نص صراحة على بطلان اتفاقات تعديل المسؤولية في إطار علاقة المستهلك بالمهني، بل وزيادة على ذلك فإن أي اتفاق من شأنه أن ينتقص من حقوق المستهلك أو ينل من أي من التزامات المورد تجاه المستهلك يكون باطلا ولو لم يرد في العقد أو في صلبه⁽¹⁾.

وهكذا يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك، مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة. وبالتالي فإن شروط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها تعد باطلة سواء وردت في عقد يبرمه المهني مع المستهلك، أو في أي وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، مما يوسع من نطاق الحماية للمستهلك، حيث أنه يتسع ليشمل المستندات التعاقدية، بالإضافة إلى العقد ذاته وسواء تعلق الأمر بعقود توريد سلع أو عقود تقديم خدمات.

¹ - المادة 10 من قانون حماية المستهلك المصري.

المبحث الثاني: اتساع نطاق المسؤولية المدنية لمورد الخدمة في عقد

الخدمة الاستهلاكية

لقد أحدث تشريع الاستهلاك تغييرا مهما بنظام المسؤولية فبقدر اهتمامه بجميع مراحل التعاقد الاستهلاكي وخاصة المرحلة السابقة على التعاقد من خلال تبني الالتزام بالإعلام، الذي كان مبدأ أخلاقيا يرتبط بمبدأ حسن النية في التعاقد، وجعله التزاما قانونيا على عاتق المهني سواء كان مورد سلعة أو خدمة، وذلك لحماية الإرادة التعاقدية للمستهلكين وضمان رضائهم المستنير، فإنه ألقى مسؤولية قانونية على مورد الخدمة الذي يخل بهذا الالتزام القانوني (المطلب الأول)، وحيث أن تبني التشريع الاستهلاكي لنظرية الشروط التعسفية حرصا على التوازن العقدي، فإنه ومراعاة لمصلحة المستهلك في حقه في الأمن التعاقدي، فقد أفرد لها قانون الاستهلاك المغربي بخصوصية تراعي مصلحة المستهلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسؤولية الناتجة عن إخلال المورد بالالتزام بالإعلام

لقد رتب المشرع المغربي على إخلال المورد المهني بالالتزامات القانونية التي فرضها قانون الاستهلاك، كتدابير حمائية للمستهلك من أجل ضمان أمنه التعاقدي في جميع مراحل التعاقد، وقد أعطى أهمية خاصة للمرحلة السابقة على التعاقد نظرا لأهميتها في حسم العملية التعاقدية، حيث أعطى قانون الاستهلاك كما أسلفنا في الباب الأول أهمية خاصة للالتزام بالإعلام، وبناء عليه لم يعد الالتزام بالإعلام والتبصير الملقى على عاتق المهني مجرد واجب أخلاقي عام⁽¹⁾، بل أصبح في ظل التشريعات الحديثة بمثابة التزام قانوني أساسي يرتب المسؤولية، مما يحتم دراسة طبيعة المسؤولية الناتجة عن إخلال المورد مقدم الخدمة بالالتزام بالإعلام (الفقرة الأولى)، وكذا الجزاء المترتب عن هذا الإخلال (الفقرة الثانية).

¹ - إدريس الفاخوري، ترجيح الاتجاهات الأخلاقية في مجال العقود والالتزامات"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الأول، 2000، ص 13.

الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية للمسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام

من طرف المورد

المسؤولية المدنية هي الالتزام بتعويض الضرر المترتب على الإخلال بالالتزام سابق⁽¹⁾، فيقوم محدث الضرر بتعويض الشخص الذي أصابه الضرر كونه قد أخل بالالتزام مفروض عليه، وتكون المسؤولية عقدية إذا تعلق الإخلال بعقد قائم بين المخطئ والمتضرر، في حين تكون المسؤولية المدنية تقصيرية إذا تعلق الإخلال بالالتزام قانوني عام، بمعنى أن المسؤولية العقدية تقوم على الإخلال بالالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات، أما المسؤولية التقصيرية فتقوم على الإخلال بالالتزام قانوني واحد لا يتغير، وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير⁽²⁾، وبخصوص الالتزام بالإعلام المفروض على المورد المهني مقدم الخدمة، فقد اختلفت الآراء حول قيام المسؤولية المدنية التي تقع على عاتق المورد كجزاء مدني عن إخلاله بهذا الالتزام، هل هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية؟.

وبصيغة أخرى متى تكون مسؤولية المورد الناتجة عن إخلاله بالالتزام بالإعلام مسؤولية عقدية ومتى تكون تقصيرية؟ وفي هذا الصدد انقسمت الآراء إلى موقف مؤيد للطبيعة العقدية (أولاً) والآخر يرى أنها مسؤولية تقصيرية (ثانياً).

أولاً: الطبيعة العقدية لمسؤولية مورد الخدمة.

ينطلق أصحاب هذا الرأي بأن هذه المسؤولية هي مسؤولية عقدية، ذلك أن الخطأ الناجم عن عدم الإدلاء بالبيانات هو خطأ عقدي يفترض وجود عقد سابق، على أن العقد الأصلي يعتبر هو مصدر الالتزام قبل التعاقد بالإعلام⁽³⁾، حيث أنه لقيام المسؤولية لابد من وجود عقد صحيح بين المستهلك المتضرر والمسؤول عنه المورد، وأن يكون

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الأول والثاني، مطبعة السلام، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1988، ص 201.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام - الجزء الأول- المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 847.

³ - علي خوجة خيرة، الضمانات القانونية لتعويض المستهلك عن الإضرار بسلامته في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة، السنة الجامعية 2015-2016، ص 142.

الضرر نتيجة لإخلال المسؤول بالتزام ناشئ عن العقد⁽¹⁾، سواء كان التزاما رئيسيا أو التزاما ثانويا، وفقا لما يقضي به القانون والعرف والعدالة و الإنصاف بمقتضى الفصل 231 ق.ل.ع⁽²⁾.

وما دام المستهلك يرتبط بمورد خدمة بموجب عقد، فإن هذا الأخير يبقى ملزما بإعلامه بالبيانات اللازمة حول الخدمة، وكذا تكلفتها، وطريقة استغلالها وكيفية الولوج إليها والمخاطر التي قد تنجم عن هذا الاستغلال عند الاقتضاء، وكيفية تفاديها أو التخفيف منها وغيرها من المعلومات، وكل خطأ أو تقصير في جانبه في الإدلاء بهذه البيانات يترتب المسؤولية العقدية للمورد، لأن في ذلك إخلال بالتزام عقدي من جانبه.

ويلاحظ أن بعض الفقه⁽³⁾ حينما بحث في مسألة الطبيعة القانونية لمسؤولية المدين بالتزام بالإعلام، لم يميز بين الالتزام بالإعلام المؤثر على الرضاء أو ما يسميه بعض الفقه بالالتزام قبل العقدي، والالتزام بالإعلام المؤثر على تنفيذ العقد، وانطلق في بحثه وكأن الخلاف بين الفقه غير قائم بشأن طبيعة المسؤولية المترتبة على الإخلال بالالتزامين معا، والحقبة أن الخلاف بين الفقه بشأن طبيعة المسؤولية قائم بشدة وإن ظل مقتصرًا على الحالة التي يتم فيها الإخلال بالالتزام بالإعلام الذي له انعكاس على رضاء المتعاقد، أما عندما يتعلق الأمر بمخالفة التزام بالإعلام له علاقة بتنفيذ العقد (أي ناشئ عن العقد) فلا خلاف بين الفقه بشأن طبيعة عقدية بدون منازع⁽⁴⁾.

فالالتزام بالإعلام قبل التعاقد كما هو واضح من تسميته، ينشأ وينفذ خلال الفترة السابقة على إبرام العقد، أما الالتزام التعاقدى بالإعلام فإنه ينشأ وينفذ خلال مرحلة تنفيذ العقد، فالالتزام بالإعلام قبل التعاقد يجد أساسه في ضرورة ضمان صحة رضاء

¹ - تعد المسؤولية العقدية بمثابة جزاء عن الإخلال بالتزام عقدي، ويفترض لقيامها وجود عقد صحيح بين المتضرر والمسؤول واجب التنفيذ، إلا أن المدين لم يقم بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد.... محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 100.

² - بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، مرجع سابق، ص 396.

³ - خالد جمال أحمد سعد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، 1992، ص 409.

⁴ - بوعبيد عباسي، مرجع سابق، ص 394.

المستهلك وسلامته أيضاً⁽¹⁾، ولاشك أن هذا الأمر هو ما يفسر لنا هدف ذلك الالتزام، ويتمثل أساس الالتزام بالإعلام في مرحلة تنفيذ العقد في نظر البعض في تنفيذ بنود العقد أو في نصوص القانون المعني بحماية المستهلك.

ومن بين الأسانيد الأخرى الهامة التي اعتمدها أنصار المسؤولية العقدية، كون الالتزام بالإعلام يعد من بين الالتزامات الثانوية التي يضيفها القاضي إلى العقد، بناء على الفصل 1135 من القانون المدني الفرنسي والمقابل للفصل 231 ق.ل.ع والفصل 2/148 من القانون المدني المصري، ويعني هذا أن الالتزام بالإعلام يمكن أن يشكل جزء لا يتجزأ من الالتزام بتنفيذ الاتفاقات بحسن نية، كما أنه يعد من مستلزمات العقد⁽²⁾ وفقاً للقانون أو العرف أو قواعد الإنصاف⁽³⁾.

ومن بين المبررات كذلك التي تدفع هذا الاتجاه، إلى إضفاء طابع المسؤولية العقدية على مخالفة الالتزام بالإعلام مهما كانت المرحلة التي تتم فيها المخالفة، أن المشرع نفسه قرر في بعض الأحيان المسؤولية العقدية، على الرغم من أن الخطأ قبل عقدي، ولا تظهر نتائجه إلا أثناء تنفيذ العلاقة العقدية، كما أن المسؤولية العقدية قد تتقرر لغير أطراف العلاقة العقدية⁽⁴⁾.

وثمة خطأ قبل تعاقدى ويعاقب المشرع على الإخلال به على أساس المسؤولية العقدية، وهذا ما يحصل فعلاً في مجال ضمان العيوب الخفية والاستحقاق، فالضمان يمثل الالتزام الرئيسي الثاني للبائع، ويرتبط بالالتزام بالتسليم وجزاء الإخلال به كما هو معروف فسخ العقد، ولا مانع إذن في نظر هذا الاتجاه من التصريح بالمسؤولية العقدية عن عدم الإدلاء بالبيانات التي كان يجب الإدلاء بها قبل إبرام العقد، غير أن هناك من يرفض هذا التكييف، وبالتالي يرى أن طبيعة المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام هي مسؤولية تقصيرية.

¹ - مصطفى أبو عمر، الالتزامات بالإعلام في عقود الاستهلاك، مرجع سابق، ص 109.

² - مصطفى أبو عمرو، مرجع سابق، ص 109.

³ - بوعبيد عباس، مرجع سابق، ص 316.

⁴ - أحمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 181.

ثانيا: الطبيعة التقصيرية لمسؤولية مورد الخدمة.

تجدر الإشارة في البداية إلى أن الالتزام بالإعلام الذي يثير الخلاف على مستوى الفقه والقضاء بشأن طبيعة المسؤولية المترتبة على الإخلال به، هو الالتزام بالإعلام الذي ينعكس على رضا المتعاقد ويساعده على معرفة عواقب التعاقد، وعلى اتخاذ قرار معيب بغلط أو تدليس، إنه الالتزام بالإعلام الذي يهدف إلى جعل الرضاء حرا ومستنيرا وعلى بينة من كل جوانب التعاقد، وخاليا من الغلط ويسميه أغلب الفقه⁽¹⁾ بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام، وهو يشمل كل الالتزامات بالإعلام التي تعكس على كل رضا أصدره المتعاقد سواء انصب هذا الرضاء على تكوين العقد أي على قرار إبرام العقد أو على كل تصرف أو قرار آخر كقرار فسخ العقد أو تعديله... إلخ.

أما إذا تعلق الأمر بالالتزام بالإعلام الذي ينعكس على تنفيذ العقد فإن الإخلال به لا يثير إلا المسؤولية العقدية.

وإذا كانت المسؤولية التقصيرية تنشأ بسبب ما يحدثه الشخص للغير من ضرر بسبب خطئه⁽²⁾، فهي تكون بين أشخاص لا يرتبطون فيما بينهم بعلاقة عقدية، أو أن هذه العلاقة موجودة، إلا أن الضرر نشأ خارج نطاقها، والالتزام المهني مورد الخدمة بإعلام المستهلك قبل إبرام العقد لا يستند في وجوده إلى عقد يربط بينهما، وإنما هو التزام يفرضه ويجب إعلام المستهلك الخدمة بكل المعلومات الضرورية حول الخدمة المقدمة تفاديا لحدوث أي ضرر لهذا الأخير⁽³⁾، ولقد استقر الفقه والقضاء في مصر وفرنسا على أن طبيعة المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقد هي مسؤولية تقصيرية، على اعتبار أن الخطأ السابق على التعاقد ينفصل عن العقد، ولا يمكن توقيع الجزاء عند الإخلال به إلا في إطار تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁾، وأن الاعتراف بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بإعلام المستهلك، يسهل على

¹ - بوعبيد عباسي، مرجع سابق، ص 388.

² - عبد القادر العراري، المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 52.

³ - فالمورد المهني مدين بهذا الالتزام قد يخفي إما كليا أو جزئيا معلومات عن المستهلك المتعاقد معه إما بالكتمان أو بالكذب وأحيانا يكون العقد مصاغا بطريقة تخفي الشروط الهامة، بحيث يصعب على المتعاقد الاطلاع عليها.

⁴ - علي خوجة، مرجع سابق، ص 142.

المستهلك الحصول على التعويض عن الضرر الذي يصيبه، على اعتبار أن وجود هذا الالتزام في حد ذاته يعد تسهيلا عليه في إثبات خطأ المورد المهني، كما أن صفة المهني تعتبر قرينة قاطعة على سوء نيته في عدم الإدلاء بالمعلومات، لأنه يفترض فيه العلم الشخصي بهذه المعلومات، وعلى هذا الأساس يعفى المستهلك من إثبات خطأ المورد بهذا الالتزام⁽¹⁾.

وبما أن قواعد المسؤولية التقصيرية من النظام العام ولا يجوز اشتراط الإعفاء منها أو الاتفاق مسبقا على مخالفة قواعدها، فإنه يمكن للمستهلك المتضرر من الإخلال بهذا الالتزام الحصول على تعويض عن هذه الأضرار سواء كانت أضرار متوقعة أو غير متوقعة⁽²⁾.

وفي الأخير أن الهدف الأسمى من إقرار الالتزام بالإعلام، كواجب قانوني لصالح المستهلك على عاتق المهني مقدم الخدمة، هو ضمان التعاقد المستتير للمستهلك، لأن أهم ما يحتاج إليه المستهلك في المرحلة التي تسبق التعاقد، هو إحاطته علما بالبيانات المتعلقة بالخدمة محل التعاقد كتكلفة العقد، حتى يتمكن من تكوين فكرة شاملة ويقف على حقيقة هذه الخدمة، مما يجعله يبرم علاقة تعاقدية متوازنة، غير أنه ونظرا لأهمية هذا الالتزام في تقوية الأمن التعاقدي للمستهلك عموما، ومستهلكي الخدمات خصوصا، فقد أقرت التشريعات التي تبنت قواعد حماية المستهلك جزاءات قانونية عن إخلال المورد المهني بهذا الالتزام التعاقدي.

الفقرة الثانية: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام

إن ترتيب جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام يعد تكريسا لحماية الطرف الضعيف مستهلك الخدمة، بهدف إقامة التوازن العقدي، ومن شأن هذا الجزاء جعل هذا الالتزام أكثر نجاعة وجدوى فيترتب على هذا الأخير جزاء مدني (أولا) و جزاءات زجرية (ثانيا).

¹ - علي خوجة، مرجع سابق، ص 142.

² - نزهة الخدي، مرجع سابق، ص 146.

أيضا عبد القادر العرعاري المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار - الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 14.

أولاً: الجزاء المدني

بالرجوع إلى قانون الاستهلاك المغربي 31.08 نجده لم يقرر وعلى غرار باقي التشريعات، جزاءات مدنية مباشرة لإخلال المورد مقدم الخدمة بالالتزام بالإعلام، وخاصة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، لأن هذا الأخير يتعلق بتنوير إرادة المستهلك حتى يقوم على التعاقد عالماً بظروف التعاقد والتعاقد، وخصائص الشيء أو المنتج أو الخدمة محل العقد، لذلك فإن الإخلال بهذا الالتزام⁽¹⁾ يؤثر على رضا المتعاقد "المستهلك"، بما يؤدي إلى تعيب الإرادة، ويؤدي خطأ المدين بهذا الالتزام "أي المهني" أيضاً إلى قيام مسؤوليته المدنية في حالة حدوث ضرر للمستهلك نتيجة هذا الخطأ، وبذلك فإن الجزاءات المدنية تدور حول مطالبة الدائن "مستهلك الخدمة" بإبطال عقد الاستهلاك لوقوعه في غلط، أو تأسيساً على أنه كان ضحية تدليس أو سلوك خادع من المهني.

وبناء على ذلك، فإنه يترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد سواء اتخذ ذلك الإخلال شكل الامتناع عن الإدلاء بالبيانات أو الإدلاء الجزئي أو المغلوط بها، إثارة المسؤولية التقصيرية للمهني⁽²⁾، ولا يقتصر جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام على البطلان مثل ما هو عليه في نظرية عيوب الإرادة، وإنما تشمل أيضاً التعويض⁽³⁾.

ويأتي دور الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في سد الفجوة الناشئة فيما يتعلق بحماية المستهلك من الغلط، إذ يكفي في هذه الحالات إثبات قيام شروط هذا الالتزام حتى يتسنى له طلب إبطال العقد، ويذهب جانب من الفقه أنه يعتبر إخلال المتعاقدين بالإفشاء للمتعاقد الآخر من أهم الحالات الأساسية للكتمان التدليسي المؤدي إلى بطلان العقد⁽⁴⁾.

¹ - مصطفى أبو عمرو، قانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 147.

² - Bertrand (A), Acceptation par le silence au contrat forcé, Dalloz, doct, 2003, P.443.

³ - إن العبرة بتكليف الالتزام بالإعلام ليس بوقت تنفيذ الالتزام، وإنما بوقت سريان آثاره، إذ يرى الفقيه Huet أنه يتوقف تحديد طبيعة الالتزام بالإعلام على المنفعة التي يحققها، وهذا ما يبرر تكليف الالتزام بالإعلام على أنه تعاقد، إذ أنه يترجم تحقق منفعة تعاقدية تترجم في توازن عقدي أثناء تنفيذ العقد.

⁴ - سعدون ياسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الوضعي، القانون الخاص الداخلي، نوقشت بكلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، جامعة مولود معمري السنة الجامعية 2018/2017. ص 263.

وقد أيد قضاء النقض الفرنسي الحديث ذلك المبدأ، حيث ذهب إلى أن مجرد السكوت والكتمان يعتبر تدليساً، وذلك في كل حالة يقع فيها على عاتق أحد الطرفين التزام بتقديم معلومات أو بيانات معينة إلى المتعاقد للآخر، فقد قضى بأن التدليس يمكن أن يتكون من مجرد السكوت من جانب الطرف الذي يخفي عن المتعاقد الآخر واقعة ما، والتي يكون من شأن علمه بها قبل إبرام العقد أن يحول بينه وبين التعاقد دون إبرام العقد، وأن الإخلال بالالتزام قبل تعاقدى بالإعلام يعتبر كتماناً تدليسياً مؤدياً إلى إبطال العقد⁽¹⁾، فبإمكان المستهلك حسب الفقه الفرنسي المطالبة ببطالان العقد للإخلال بالالتزام بالإعلام وفقاً لنص المادة 1116 من القانون المدني، فضلاً عن إمكانية اللجوء إلى أحكام المسؤولية التقصيرية في حالة اعتبار إخلال المهني مورد الخدمة بالتزامه بإعلام المستهلك بمثابة خطأ مستقل يستلزم انعقاد مسؤوليته.

ويرى بعض الفقه أنه لا يمكن الحديث عن فكرة المسؤولية العقدية في هذه المرحلة حيث لا ينشأ العقد، أو قد ينشأ قابلاً للإبطال ويتم إبطاله بناء على طلب المستهلك، بينما يرى توجه فقه آخر أنه يمكن أن نكون بصدد المسؤولية العقدية في هذه الحالة، لأن الأمر يتعلق بإخلال قبل التعاقد رتب أثره على العقد ذاته، من حيث صحته أو في مرحلة تنفيذه، وذلك على اعتبار أن هناك خطأ تعاقدى يتعلق بالمرحلة السابقة على التعاقد، غير أننا نرى أن ما ذهب إليه بعض الفقه الفرنسي وخاصة الأستاذة Fabre Magnan يكون العبرة في تكييف الالتزام بالإعلام ليس بمعيار زمني الذي يستند إلى وقت نشأة الالتزام، وإنما بمعيار وظيفي يستند إلى وقت حدوث آثاره، إذ أن الالتزام بالإعلام ليس التزام تعاقدى، لأنه يرتب آثاره وقت تنفيذ العقد ولو أن نشأته هو قبل تكوينه⁽²⁾، ولا نتصور أن يطالب مستهلك بالإبطال ما لم يتضرر في مرحلة تنفيذه، بمبرر انعدام الإعلام أو عدم كفايته.

أما في حالة الإخلال بالالتزام التعاقدى بالإعلام، فإن الأمر يتعلق بإثارة المسؤولية العقدية على أساس الخطأ العقدى المتمثل في عدم الإدلاء بالبيانات المطلوبة أو الإدلاء

¹ - Raymond. (G), op.cit, p 196.

² - Fabre Magnan (M), de l'obligation d'information dans les contrats.op.cit.p 60.

الجزئي أو المغلوط، ويستطيع مستهلك الخدمة الدائن بالالتزام بالإعلام في هذه الحالة أن يطالب بالتنفيذ العيني بالالتزام متى توافرت شروطه⁽¹⁾.

كما يجوز للمستهلك أيضا أن يطالب بالفسخ⁽²⁾ أو يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ متى توفرت شروطه، وحين يتعلق الأمر بعقد خدمة التأمين مثلا، فإن هناك جزاءات خاصة يمكن توقيعها حال الإخلال بهذا الالتزام من جانب المؤمن (المهني) أو المؤمن له (المستهلك).

وجدير بالذكر أن الفقه الفرنسي ينتقد المشرع لكونه قد أورد الالتزام بالإعلام ضمن نص المادة 112-2 L من قانون التأمين، وذلك دون النص على جزاء الإخلال به، وهو ما جعل الفقه ينادي بضرورة إيجاد سبل إقامة التوازن بين طرفي عقد التأمين⁽³⁾.

على أن عدم وجود جزاء للإخلال بهذا الالتزام ضمن نص المادة السالفة الذكر، لا يعني بالضرورة انتفاء الجزاء تماما في حالة ما إذا خالف المؤمن التزامه بالإعلام في المرحلة قبل التعاقدية، فالفقه والقضاء الفرنسيين يذهبان لإمكانية توقيع جزاء على المؤمن في حالة إخلاله بالالتزام بإعلام المؤمن له في مرحلة إبرام العقد، هذا الجزاء إما أن يتمثل في بطلان عقد التأمين فيما لو شكل عدم الإعلام و الإعلام غير الصحيح عيبا في رضا المؤمن له، أو أن يكون الجزاء هو المسؤولية المدنية في المرحلة قبل التعاقدية نتيجة ما أصاب المؤمن له من أضرار لحقته نتيجة عدم إعلامه، أو إعلامه الخاطئ.

خلاصة القول أن المشرع المغربي وعلى غرار التشريعات الفرنسية والمصرية الخاصة بالاستهلاك، لم تتضمن توقيع أي جزاء مدني على عاتق المدين بهذا الالتزام

¹ - عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، مرجع سابق، ص 110.

² - غير أن الفسخ في عقود الخدمات لا يخدم مصلحة المستهلك، خاصة أن المستهلك قد يكون في حاجة ماسة للخدمة، وبالتالي الحاجة إلى استمرار العقد.

³ - حسن حسين البراوي، التزام المؤمن بالأمانة في مرحلة إبرام العقد- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 89.

(المورد)، مما يتحتم اللجوء إلى القواعد العامة الخاصة بعيوب الإرادة، سيما ما يتعلق منها بعيوب التدليس⁽¹⁾.

وعليه فإن الجزاء المدني المترتب على إخلال المورد المهني بالتزامه بإعلام المستهلك قبل التعاقد، يتمثل في طلب إبطال عقد الاستهلاك حيث قابلية العقد للإبطال لمصلحة المستهلك استنادا إلى أن عدم تنفيذ المهني لالتزامه بالإعلام قبل التعاقد أو تنفيذه، ولكن على وجه غير صحيح فيه تأثير سلبي على إرادة المستهلك، بما يجعلها إرادة غير كاملة وغير سليمة، تبيح لصاحبها طلب إبطال عقد الخدمة.

كما إذا ما ترتب على عدم تنفيذ المهني للالتزام بالإعلام أو لإخلاله في تنفيذه ضرر للمستهلك، فلأخير الحق في طلب التعويض سواء عينيا وذلك بتغيير الخدمة بخدمة ملائمة للمستهلك، أو تعويض نقدي.

ونظرا لأهمية الالتزام بالإعلام في حماية الإرادة التعاقدية للمستهلكين بصفة عامة ومستهلكي الخدمات بصفة خاصة، فقد عمل المشرع المغربي على تقرير جزاءات زجرية على مخالفة المورد لأحكام الالتزام بالإعلام.

ثانيا: الجزاء الزجري

بالرجوع إلى القانون 31.08 من القانون المتعلق بتدابير لحماية المستهلك، نجده قد وضع عقوبة زجرية لمخالفة الالتزام بالإعلام، حيث نصت المادة 173 على أنه: **"يعاقب بغرامة 2000 إلى 5000 درهم على مخالفات أحكام القسم الثاني من هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه"**.

وهو نفس التوجه الذي سار عليه المشرع المصري فقد نصت المادة 24 من قانون حماية المستهلك على أنه: **"مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر، ودون الإخلال بحق المستهلك في التعويض، يعاقب على مخالفة أحكام هذا القانون المنصوص عليها في المواد (3، 4، 5، 6، 7...) والفقرة الأخيرة من المادة 23 بغرامة**

¹ - مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، مرجع سابق، ص 112.

لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تتجاوز مائة ألف جنيه، وفي حالة العود تضاعف الغرامة بحديها".

أما القانون الفرنسي فقد أقر جزاءا خاصا في حالة مخالفة البائع لهذا الالتزام، فقد نصت عليه المادة L 121/20-1 من مدونة الاستهلاك الفرنسية، وبموجب هذه المادة، فإنه إذا لم يقيم البائع (le vendeur) بتنفيذ التزامه بالإعلام بعد إبرام العقد في الحدود السابق بيانها، فإن الأجل الذي يمكن للمستهلك المتعاقد عن بعد أن يمارس خلاله حقه في العدول عن العقد، يمتد من سبعة أيام عمل وهي المدة الأصلية ليصبح ثلاثة أشهر، إلا أنه إذا تدارك البائع الأمر وقام بالإدلاء بالمعلومات الواجبة خلال مدة ثلاثة أشهر محسوبة من تاريخ تسليم السلعة أو قبول العرض فإن ذلك يؤدي إلى بدء سريان مدة السبعة أيام الأصلية.

إن تقرير المشرع المغربي لعقوبة زجرية على مخالفة المورد لأحكام الالتزام بالإعلام في التعاقد الاستهلاكي، يؤكد أن رغبة المشرع واضحة في مكافحة التهاون والفوضى في تداول الخدمات والسلع، وذلك يتمظهر في لجوئه إلى أسلوب التجريم في مجال التعاقد، مما يعزز آليات تحقيق الأمن التعاقدي.

المطلب الثاني: خصوصية المسؤولية عند إدراج البنود التعسفية

نظرا لكون دعوى إبطال البنود التعسفية هي موجهة لحذف بنود أو عدة بنود تعسفية، فإن الحكم الصادر في هذه الدعوى لا يهدم العقد الاستهلاكي المتضمن لهذه البنود التعسفية، وإنما وحرصا على حاجة مصلحة المستهلك في استمرار العقد، فإن آثار الحكم الصادر بوجود بند تعسفي تنصب على البند دون العقد، فيبطل البند التعسفي ويستمر العقد الاستهلاكي صحيحا، إذا ما كانت باقي مقتضيات العقد صحيحة، وهذه مسألة إيجابية في عقود الاستهلاك الخدماتية، خاصة لما يكون المستهلك في حاجة إلى استمرار العقد نظرا لحاجته للخدمة، كما أنها تعزز من حماية المستهلك وتشجعه على اللجوء إلى المنازعة في الشرط التعسفي ولا يخاف على مصير العقد (الفقرة الأولى)،

كما عزز الحماية التنفيذية للأحكام الصادرة عنه بضرورة شموليتها بالنفاذ المعجل واقترانها بالغرامة التهديدية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ضمان استمرارية عقد الخدمة مع إبطال البند التعسفي

كما هو معلوم فالقاضي ملزم بالحدود المبينة له من قبل الخصوم، ولا يمكن أن يأخذ في الاعتبار كأصل عام، إلا ما أثير أمامه من مناقشات كانت محل مرافعات⁽¹⁾، إلا أن القاضي في مجال الاستهلاك يتمتع بسلطات واسعة، تمكنه من التحقق من توافر الشرط التعسفي في عقد الخدمة الاستهلاكي، من قبيل تقديره الواسع لوجود البند التعسفي، وقلب عبء الإثبات على عاتق المورد، ثم حقه في النطق ببطلان البند ولو لم يطلب منه ذلك الأطراف، وكل ذلك جعله القانون 31.08 من متطلبات النظام العام⁽²⁾.

وإذا ما ثبت الطابع التعسفي للشرط موضوع النزاع فإن ذلك يؤدي إلى بطلانه باعتباره وكأن لم يكن، غير أن العقد المبرم بين المستهلك والمورد يبقى قائماً إذا أمكن الإبقاء عليه، وهو ما يصب في مصلحة المستهلك الذي غالباً ما يرغب في التحلل من الشرط دون إبطال العقد برمته.

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 19 من القانون 31.08 التي جاء فيها: "تطبق باقي مقتضيات العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائماً بدون الشرط التعسفي المذكور".

هذه المادة تقابلها المادة L 132/1 من مدونة الاستهلاك الفرنسية⁽³⁾، وقراءة هذه المادة الأخيرة تدفع إلى عدم موافقة من ذهب إلى أن المشرع الفرنسي انطلاقاً من صياغة المادة أعلاه، لم يحدد طبيعة الجزاء المترتب على تضمين العقد بالشرط

¹ - غيثة دكرواي، مرجع سابق، ص 413.

² - المادة 20 من القانون 31.08.

³ - L'article L 132/1 dispose que : "le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusive s'il peut subsister sans les dites clauses " la solution est conforme à l'intérêt du consommateur qui entend généralement maintenir le contrat purgé de ses clauses abusives".

- voir Calais.Auloy (J) & Steinmetz (F), op.cit, p 210.

التعسفي، فهل يترتب عليه بطلان العقد برمته، أم يقتصر فقط على بطلان الشرط لوحده وبقاء الشروط الأخرى قائمة، الأمر الذي نشأ عنه جدال فقهي كبير حول تحديد طبيعة هذا الجزاء، إلا أن مقتضيات المادة 1-241 L تبين أنه يمكن للعقد أن يستمر بدون الشرط التعسفي المحذوف متى لم يكن لهذا الحذف أي تأثير على بنود العقد.

كما أن المشرع اللبناني كان حاسماً في تشريع حماية المستهلك حين أكد على البطلان المطلق للبنود التعسفية التي يمكن أن ترد في عقود الاستهلاك، على أن البطلان هنا لا يتعلق إلا بهذا الشرط فقط، بمعنى أنه بطلان جزئي لا يمتد للعقد في مجمله، إلا إذا كان المتعاقدان لن يبرما العقد لولا وجود هذا الشرط، فعندئذ يبطل الشرط والعقد معاً⁽¹⁾، وهو ما تؤكدته الفقرة الأخيرة من المادة 26 من القانون اللبناني لحماية المستهلك حيث قضت بأنه "تعتبر البنود التعسفية باطلاً بطلاناً مطلقاً على أن تنتج أحكام العقد الأخرى كافة مفاعيلها".

ويعتبر الجزاء المقرر للبند التعسفي عند الحكم بإبطاله، من أهم المقتضيات التي جاء بها قانون تدابير حماية المستهلك، حيث ينتج عنه مبدأ استقلالية البند التعسفي عن باقي شروط العقد الأخرى، وهو حل تبناه المشرع المغربي على غرار أغلبية التشريعات من أجل تفادي الآثار السلبية الاقتصادية والاجتماعية التي تنجم عن بطلان العقود الخدماتية، كما يهدف التشريع من وراء ذلك استقرار المعاملات، إضافة إلى الحد من العقود الاستهلاكية الإذعانية التي تلزم المستهلك بقبول كل بنود العقد أو رفضها دون استثناء⁽²⁾.

وهكذا فقد أصبح للمستهلك صلاحية المنازعة من أجل إلغاء البنود التعسفية، لكونها تضر باقتصاد العقد دون خوف على مصير العقد من الفسخ إذا كان في حاجة إليه، فالإبطال ينصب على البند وليس العقد، وهذا الحل يخدم مصلحة مستهلكي الخدمة، الذي

¹ - مصطفى أحمد أبو عمر، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2002، ص 172.

² - توفيق عزوزي، حماية المستهلك في المجال العقاري، مجلة الدفاع، العدد 6، أكتوبر 2011، ص 120.

يريد أن يبقى العقد مطهرا من البند التعسفي الذي قد يضر به⁽¹⁾، وهذه الخصوصية التي يترتب عنها حماية كبيرة للأمن التعاقدية، حيث لم يبق مورد الخدمة هو الأمر الناهي في صناعة العقد، خاصة في عقود الخدمات ذات الصبغة الأساسية، كخدمة الاتصال والخدمات البنكية، حيث سيادة المنافسة المقيدة.

وعلى أي، فإن بطلان الشرط التعسفي دون بطلان العقد ككل يعتبر جزاءا فعالا في مد العلاقة ما بين مورد الخدمة والمستهلك، لأنها تقدم لهذا الأخير حماية كبرى لكونه غالبا ما يرغب في بطلان الشرط وحده، وبقاء العقد قائما نظرا لحاجته للخدمة، كما أن البطلان الجزئي يترتب عليه تصحيح الاختلال الذي شاب العلاقة التعاقدية بين المستهلك والمهني.

لكن يجب أن نشير إلى أن المادة 19 من القانون 08.31 قد نصت على استثناء يكون مصير العقد هو البطلان، كما في حالة إذا ما كان البند المصرح بإبطاله هو السبب الفعال لرضاء المستهلك بالتعاقد، أو إذا لم يكن من الممكن استمرار بقاء العقد بدون هذا البند⁽²⁾.

وقد قرر القضاء الفرنسي في عدة مناسبات بطلان بعض البنود التعسفية في العقود المختلطة دون تقرير بطلان العقد بأكمله⁽³⁾، بهدف حماية الطرف المستهلك تطبيقا لقواعد النظام العام، ومثال ذلك بطلان بعض البنود التعسفية التي تهدف إلى إلغاء وتخفيف الضمان الواجب على المهني في حالة العيب الخفي بالشيء المبيع، وإبطال البند الذي يخضع النزاع في حالة حدوثه التحكيم فهذا البند الأخير غير صحيح، إلا إذا تعلق الأمر بالعقود بين المهنيين.

¹ - On notera cependant que les nouvelles orientations de l'ordre public économique conduisent plus souvent désormais à une « correction » du contrat et à sa réfaction qu'à une annulation pure et simple, Hauser (J) Lemouland (I), ordre public et bonnes mœurs, répertoire civil, Dalloz, 2004, p19.

Voir aussi : Calais- Auloy (J) et Steinmetz (F), op.cit, p 221.

² - أحمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 312.

³ - أشار إلى هذه الملاحظة: حمد الله محمد حمد الله، مرجع سابق، ص 106.

وخلاصة قولنا نقول بأن المشرع المغربي أحسن لما تبنى نظرية انتقاص العقد، وجعلها آلية لإعادة التوازن المفقود إلى العقد الذي يربط بين المهني مورد الخدمة والمستهلك، ناهيك على أنها آلية لضمان استقرار المعاملات الاستهلاكية.

غير أننا بخصوص مسؤولية المورد عن إدراج بنود تعسفية محل الإبطال، نقول بأن المشرع لم تكن لديه الجرأة الكافية لتقرير جزاء مدني أو جزري من شأنه ردع المورد، وهذا سيؤدي مع مرور الزمن إلى إفراغ المادة 19 من مضمونها، ويجعل الباب مفتوحا أمام المهنيين لإدراج البنود التعسفية في العقود التي تربطهم بالمستهلكين، مستغلا في ذلك عدم وعي المستهلك المتعاقد الذي يعتقد بكونها بنودا قانونية مادامت مدرجة في العقد، ونرى أنه كان على المشرع أن ينص على ترتيب جزاء جزري على إدراج البنود التعسفية، وترك صلاحية اللجوء إليها عند الاقتضاء للسلطة التقديرية للقضاء، لأن من شأن ذلك ردع المهنيين عن الاستمرار في إدراجهم لمثل هذه الشروط، وحرصا على تنفيذ هذا المقتضى، فقد شمل المشرع المغربي الحكم الصادر بالإبطال بضمانات تنفيذية مهمة.

الفقرة الثانية: المزاوجة بين آلية النفاذ المعجل والغرامة التهديدية لضمان نجاعة

التنفيذ

لقد تنوعت الأساليب والوسائل القانونية التي بواسطتها يمكن تفادي التأثير السيئ الذي تتركه الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، ومن بين الأساليب هو أن الأمر الصادر عن المحكمة بحذف شرط غير مشروع أو تعسفي في العقد أو في نموذج العقد المقترح أو الموجه إلى المستهلك يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل (أولا) فضلا عن تمكينه من إقرانه لهذه المقررات بغرامة تهديدية (ثانيا).

أولا: شمول الحكم بالنفاذ المعجل

يعتبر شمول الحكم القاضي بإلغاء الشرط التعسفي بالنفاذ المعجل القانوني، إجراء قانونيا مهما وضرورة فرضتها حماية المستهلك، الذي أصبح مصلحة جديرة بالحماية، والنفاذ المعجل هو تنفيذ الحكم الابتدائي قبل أن يصبح انتهائيا وقبل حوزة قوة الشيء

المقضي به⁽¹⁾، فهو تنفيذ معجل لأنه يعجل بتنفيذه قبل أن يصبح نهائيا، وهكذا فإن الحكم المشمول بالنفاذ المعجل تكون له قوة تنفيذية وقتية تلحق الحكم الابتدائي، ويتوقف مآلها على مصير الحكم بعد الطعن فيه بالتعرض أو الاستئناف، وهو استثناء من مبدأ كون التعرض والاستئناف داخل الأجل وأجلها موقفان للتنفيذ.

والنفاذ المعجل إما أن يكون بقوة القانون أو بحكم القضاء، أي إما أن يؤمر به في نص قانوني، ويكون بذلك ملزما للقاضي بشمول الحكم به، أو أن يكون ملزما لعون التنفيذ ولو لم يأمر به القاضي في الحكم، أي أن هناك بعض الأحكام تنفذ بقوة القانون سواء نص على ذلك في الحكم أم لا⁽²⁾.

والتنفيذ المعجل ضرورة ملحة أملتها حماية ذوي الحقوق من تعسف المحكوم عليهم في استعمال المساطر القضائية الطويلة والمكلفة.

ولقد راع المشرع في هذه القضايا إما طبيعتها الاجتماعية، واعتبارها مصدر عيش المحكوم له، كالأحكام الصادرة في المواد الاجتماعية والنفقة، وإما كون الإجراء المتخذ تحفظيا لا يمس أصل الحق وموضوعه، كالأوامر المبنية على طلب والأوامر الاستعجالية⁽³⁾.

أما النفاذ المعجل القضائي فهو الذي لا ينفذ إلا إذا أمر به الحكم، وبالرجوع إلى قانون تدابير حماية المستهلك المغربي وخاصة المادة 162 نجدها تنص على أنه: "يكون الأمر الصادر عن المحكمة مقرونا بغرامة تهديدية تحددها المحكمة ومشمولا بالنفاذ المعجل".

وشمول الحكم بالنفاذ المعجل في دعوى البنود التعسفية من شأنه أن يحقق حماية سريعة للمستهلك تجاه هذه البنود، خاصة إذا ما كانت على وشك ترتيب آثار وخيمة على

¹ - عبد الحميد أخريف، محاضرات في قانون التنظيم القضائي محينة وفق إصلاحات 2011 مع صدور القوانين التالية: القانون رقم 35.10 المعدل لقانون المسطرة المدنية و القانون رقم 34.10 المعدل لظهير التنظيم القضائي. وكذا القانون رقم 42.10 المتعلق بقضاء القرب و قانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، السنة الجامعية 2011-2012، ص 315.

² - ينظر كذلك: أمينة النمر، أصول التنفيذ الجبري، 1985، ص 32.
³ - عبد العزيز توفيق: شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي معلقا عليه بأحكام محاكم النقض العربية إلى غاية 1995، الجزء الأول، المكتبة القانونية، ص 314.

³ - الفصلان 148 و 149 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

الذمة المالية للمستهلك، أو أنها قد تؤدي إلى جعل تنفيذ التزامه الذي يترتب عليه العقد مرهقا، كما في حالة وجود بند يقرر مجموعة من التسبيقات والتعويضات والفوائد لصالح المورد.

غير أن الملاحظ هو أن المشرع المغربي لم يقرر النفاذ المعجل القانوني إلا في حالة الدعاوى المرفوعة من طرف الجمعيات، سواء كانت دعوى مدنية أصلية أو دعوى مدنية تابعة لحذف بند تعسفي، ويقرر بواسطة أمر صادر عن المحكمة⁽¹⁾.

ولهذا نرى أن يعمل القضاء على إصدار جميع الأحكام والقرارات التي تهم حذف أو إبطال شرط أو عدة شروط تعسفية بالنفاذ المعجل، مادام أن المقتضيات المتعلقة بمواجهة البنود التعسفية في قانون الاستهلاك المغربي من النظام العام، كما أن القانون المغربي للإجراءات، خاصة قانون المسطرة المدنية باعتباره الشريعة العامة للقانون الإجرائي للمستهلك أو من يمثله بطلب النفاذ المعجل القضائي للحكم الصادر بشأن إلغاء شرط تعسفي، ضمانا لفعالية الحكم القضائي ولتحقيق حماية إجرائية فعالة للمستهلك.

كما أننا نخلص في الأخير إلى أن آلية النفاذ المعجل ذات أهمية في ضمان فعالية الحكم القضائي الصادر بحذف بند تسعفي من عقد خدمة استهلاكي، وهذا من شأنه أن يعزز بشكل كبير الأمن التعاقدي من خلال ضمان تنفيذ الأحكام القضائية الاستهلاكية.

ثانيا: اقتران الحكم بالغرامة التهديدية

لم يكتف المشرع المغربي بشمول الحكم بالنفاذ المعجل، لكنه ورغبة في ضمان نجاعة الحكم القضائي وفعاليته، فقد اعتنى المشرع بمسألة ضمان تنفيذها، مانحا بذلك للمحكمة عدة وسائل قانونية تحمل المحكوم عليه على التنفيذ لما تشكله هذه الوسائل من تهديد على ذمته المالية، ومن بين هذه الوسائل المتاحة للقضاء الحكم بالغرامة التهديدية، وتعرف الغرامة التهديدية بكونها "مبلغ من المال يقضي بالتزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي فترة معينة من الزمن أو عن كل إخلال يرد على الالتزام"⁽²⁾.

¹ - المادة 162 من القانون 31-08.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، آثار الالتزام ص 756.

ومن ثم فإن الغرامة التهديدية تشكل وسيلة إجبار وتهديد، منحها المشرع للقضاة للتغلب على ممانعة المهني المورد الذي صدر في حقه الحكم وحمله على تنفيذ ما قضى به الحكم⁽¹⁾.

وقد نظم المشرع المغربي قواعد الغرامة التهديدية من خلال مقتضيات المادة 448 من قانون المسطرة المدنية، التي خولت للمحكمة صلاحية الحكم بالغرامة التهديدية على من صدر الحكم ضده، كجزاء مالي في حالة عدم امتثاله للحكم الصادر عنها، مانحا بذلك الاختصاص لرئيس المحكمة في حالة ثبوت ممانعة المحكوم عليه تنفيذ الحكم من قبل عون التنفيذ، شريطة عدم الحكم بها مسبقا من قبل قاضي الموضوع متى توافرت شروطها⁽²⁾.

وإذا كان الحكم بالغرامة التهديدية في ظل قانون المسطرة المدنية مقيد بضرورة المطالبة القضائية لصاحب الشأن بها أمام المحكمة، أو بناء على الإخبار الموجه لرئيس المحكمة من قبل عون التنفيذ، فإن المشرع كان جريئا في تنظيمه لآلية الغرامة التهديدية في إطار القانون 31.08 نظرا لخصوصية قضايا الاستهلاك، التي يكون أحد أطرافها ضعيفا وجديرا بالحماية الإجرائية، مما استوجب على المشرع توفير حماية تنفيذية للمستهلك لاستخلاص حقوقه المعتدى عليها⁽³⁾، إذ لا فائدة من صدور حكم قضائي يبقى بدون تنفيذ، وحرصا على الغاية المرجوة من صدور الحكم القضائي في نزاعات الاستهلاك، فقد دفع المشرع إلى التنصيص مباشرة بنص قانوني يؤكد وجوبية اقتران الحكم القاضي بإلغاء بند أو عدة بنود تعسفية أو حذف شرط غير مشروع مضمن بالعقد، أو الأوامر التي تقضي بإيقاف تصرف غير مشروع بغرامة تهديدية، دون أية مطالبة

¹ - محمد محبوب، الغرامة التهديدية وتصفياتها في ضوء التشريع والقضاء في المغرب، مطبعة الأمنية، الطبعة الثانية، الرباط، 1414 هـ/1994، ص 15.

² - وقد حددتها المادة 448 فيما يلي:

1- وجود التزام قابل للتنفيذ العيني

2- تعلق الالتزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل.

3- توقف تنفيذ الالتزام على التدخل الشخصي للمدين.

³ - زازية بنداوي، خصوصيات التقاضي في منازعات للاستهلاك، مرجع سابق، ص 67.

قضائية للمستهلك أو للجمعية المؤهلة لتمثيله بذلك، حيث جاء في المادة 162 ما يلي:
"يكون الأمر الصادر عن المحكمة مقرونا بغرامة تهديدية".

وقد حدد المشرع تاريخ تطبيقها⁽¹⁾ من اليوم الثامن الموالي لتاريخ الأمر إذا صدر حضوريا، وابتداء من اليوم، الثامن الموالي ليوم التبليغ، إذ لم يصدر حضوريا، ما لم تحدد المحكمة أجلا آخر لتطبيق الغرامة لا يتعدى ثلاثين يوما، مع إعطاء السلطة التقديرية للمحكمة في تحديد تاريخ آخر تراه مناسبا، شريطة أن لا تتجاوز المدة القصوى المحددة قانونا في 30 يوما.

كما أنه في حالة ما إذا تبين للمحكمة حسن نية المورد تجاه تنفيذ الأمر الصادر عن المحكمة، وبذلك إذا أعرب عن إيقاف التصرفات غير المشروعة أو حذف شرط غير مشروع أو تعسفي في العقد أو في نموذج المقترح أو الموجه إلى المستهلك، تمهل المعني بالأمر أجلا لا يتعدى ثلاثين يوما قابلا للتجديد مرة واحدة⁽²⁾، وفي حالة امتناع المحكوم عليه بالتنفيذ فإنه يبقى للمحكوم له المطالبة بتصفية الغرامة التهديدية⁽³⁾.

وبالرجوع إلى العمل القضائي المغربي في مجال عقود الخدمات الاستهلاكية، نجده يلجأ إلى الحكم بالغرامة التهديدية لضمان تنفيذ الحكم القضائي، حيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالقنيطرة صادر بتاريخ 2016/1/25 حول إرجاع عداد الماء والذي جاء في حيثياته: "وحيث تبعا لما كانت الغرامة التهديدية وسيلة لإرغام المحكوم عليه على التنفيذ العيني وفي حالة الامتناع تنقلب إلى تعويض وأمام ثبوت امتناع المستأنف عليها عن التنفيذ طالما أنها لم تثبت ادعائها برفض المستأنف مباشرة الإجراءات الإدارية معها، والحال أنها محكوم عليها بإرجاع عداد الماء، وأخذا بعين الاعتبار مدى ضرورة الماء للاستعمال اليومي، والمدة الفاصلة بين تاريخ صدور الحكم وتاريخ الامتناع عن التنفيذ والمستمر لتاريخ مباشرة هذه المسطرة، كل هذه العناصر تترجم مدى الضرر اللاحق بالمستأنف جراء عدم التنفيذ، مما ارتأت معه المحكمة تحديد تعويض إجمالي

¹ - الفقرة الثالثة من المادة 162 من القانون 31.08.

² - الفقرة الأولى من المادة 163 من قانون 31.08.

³ - المادة 448 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

قدره 20.000 درهم تؤديها المستأنف عليها عن المدة من 2013/12/7 إلى 2014/12/31⁽¹⁾.

ونخلص في هذه الفقرة إلى أن الغاية من إقرار المشرع المغربي لإلزامية اقتران الحكم بغرامة تهديدية، لا تكمن في مواجهة التنفيذ الحاصل فعلا فقط، وإنما هي غاية المشرع في إعطاء دفعة قوية لحماية المستهلك العقدية، من خلال إقرار هذه الآلية لمواجهة إمكانية امتناع المهني مورد الخدمة عن تنفيذ الأوامر القضائية الصادرة ضده، إنها آلية ردعية وقائية مهمة لتحقيق الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمة.

الفرع الثاني: استحداث المسؤولية الجزية وإقرار المسؤولية التأديبية ضمانا

لتحقيق الأمن التعاقدي

ضمانا لفعالية المقترضات القانونية الحمائية للمستهلك عموما ومستهلك الخدمة خصوصا، نجد أن المشرع المغربي بمقتضى القانون 31-08 المتعلق بتدابير لحماية المستهلك، وكذا مختلف النصوص الحمائية المنظمة لبعض العقود الخدماتية، استحدث مسؤولية استثنائية غريبة عن قانون العقود تتمثل في المسؤولية الجزية وذلك عند ارتكاب المورد مقدم الخدمة لأفعال مخالفة لقواعد حماية المستهلك وخاصة القواعد الآمرة والتي تعتبر من صميم النظام العام (المبحث الأول)، كما أقر المسؤولية التأديبية في حق مقدمي بعض الخدمات نظرا لخصوصيتها وأثرها الاقتصادي والاجتماعي، كما هو الحال في عقود الخدمات البنكية وعقود خدمات التأمين وكذا عقود خدمات الاتصال، وقد عهد بإقرارها إلى هيئات الضبط المستقلة (المبحث الثاني).

¹ - قرار رقم 174 صادر بتاريخ 2016/1/25 ، ملف عدد 15/1201/852، قرار غير منشور.

المبحث الأول: استحداث المسؤولية الجزئية كتدبير إضافي لتعزيز

الأمن التعاقدى

لم يكتفى المشرع المغربي بصدور قانون تدابير حماية المستهلك بإدخال قواعد قانونية حمائية للمستهلكين بصفة عامة، ومستهلكي الخدمات بصفة خاصة تشمل الجانب المدني فقط، وبالتالي تقرر مسؤولية المهنيين وحدهم بموجب المسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيري، بل نجد أن قانون تدابير حماية المستهلك جاء بمقتضيات جنائية في ثنياه، وهو توجه جديد جاء به التشريع المغربي لضمان الحماية العقدية للمستهلك بقواعد جزية مستمدة من القانون الجنائي، وهذا راجع بالأساس إلى توسع دائرة النظام العام الاقتصادي والاجتماعي.

هذا الأخير ترتب عنه تطور أوجه مراقبة السلطات العمومية للعقود المبرمة في الواقع⁽¹⁾، فعلاوة على المراقبة التقليدية التي تخول للقاضي سلطة التأكد من احترام الروابط العقدية لموجبات النظام العام وحسن الآداب، فإن الغالب أن تتدخل التشريعات لمراقبة العقود بقواعد جزية وجنائية من خلال التصدي لبعض أوجه المعاملات التجارية التي تشكل خطر على المستهلك وكذا الاقتصاد الوطني ككل، لأنه في الوقت الحاضر لم يعد دور الدولة يقتصر على حفظ العدل والأمن داخل المجتمع بل أصبح لها في بعض الأحيان دورا إيجابيا موجه للحياة الاقتصادية، وذلك عن طريق تنظيم القواعد وسن التشريعات التي تحكم الأنشطة الاقتصادية وما تشهده من معاملات وعلاقات وأشهر مثال على ذلك عقد الاستهلاك كتنظيم خاص في قانون العقود، حيث أن التشريع المغربي أصبح متأثرا بالتوجهات الحديثة للتعاقد بدليل أنه تدخل من أجل تنظيم العلاقة التعاقدية بين المهني "المورد" كطرف قوي والمستهلك بما يضمن التوازن العقدي بين الطرفين، بقواعد قانونية آمرة تسعى إلى تحقيق مصلحة عامة اقتصادية واجتماعية⁽²⁾

¹ - عبد الحق الصافي، قانون العقود بين التنظيم العام والتنظيمات الخاصة، الحصيلة والآفاق، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتدبير، العدد 54، 2016، ص 84.

² - الحقيقة أن السلطات العمومية لا تستهدف عرقلة وتعطيل المبادلات الاقتصادية ذات الأساس التعاقدية، بل تسعى فقط إلى جعلها مطابقة لنظرتها وتوجهاتها، وكون مسألة حماية المستهلك أصبحت معيارا ومظهرا من مظاهر حماية

تكمل القواعد التعاقدية المنظمة بموجب قانون الالتزامات والعقود ويترتب على الإخلال بها مسؤولية مدنية ومسؤولية جنائية.

وهكذا اهتدى المشرع المغربي إلى وضع قواعد قانونية جنائية تجرم السلوك الذي يهدر مصالح المستهلك التعاقدية أو يهددها، ومفاد حماية المستهلك جنائيا⁽¹⁾ هي أن يدفع قانون العقوبات وغيره من القواعد الجنائية الخاصة عن المستهلك جميع الأفعال غير المشروعة التي تؤدي إلى الإضرار به في ماله ومعاملاته وصحته بما يقرره من تجريم لهذه الأفعال".

وحيث أن دراستنا تتعلق بجانب الأمن التعاقدي للمستهلكين بصفة عامة، ومستهلكي الخدمات بصفة خاصة، أي مختلف التدابير القانونية التي تهدف حماية المستهلك الخدمة تعاقدية، فإننا سنقتصر على دراسة التدابير الجزية التي أتى بها القانون 31.08 التي تستهدف تقوية المركز التعاقدي للمستهلك ودون الخوض في أحكام المسؤولية الجنائية بصفة عامة والتي تتناول غاية المستهلك في سلامته البدنية وصحته، أو المسؤولية المرتبطة بزجر الغش في البضائع.

وهكذا سنتناول التجريم كآلية تدخلية لتعزيز الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات (المطلب الأول) على أن نتولى تقييم هذه المقترضات الجزية ومدى مساهمتها في تعزيز الأمن التعاقدي للمستهلك في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التجريم كآلية تدخلية لخدمة الأمن التعاقدي

يعتبر قانون تدابير حماية المستهلك إطارا مكمل للمنظومة القانونية المغربية في مجال حماية المستهلك وتعزيزا لحقوقه الأساسية في هذا المجال، ولضمان احترام بنود

حقوق الإنسان من طرف الدولة، فكان لابد من تدخل التشريع المغربي بقواعد قانونية قد تضاهي في مضمونها قواعد توجد في دول متقدمة.

¹ - مالكي محمد، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، الطور الثالث (ل.م.د) في القانون، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان الجزائر، السنة الجامعية 2017/2018، ص 257.

هذا التشريع الجديد فلم يكتفي المشرع بإدخال تدابير عقدية مدنية لحماية مستهلكي الخدمات في مختلف مراحل التعاقد بل عضدها بتدابير زجرية، وذلك لتحقيق حماية فعالة للمستهلكين، لذلك فقد جاء المشرع بمقتضى القانون 31.08 بمجموعة من المقتضيات الزجرية ذات نفحة القانون الجنائي، ليبقى التساؤل مطروحا حول المبررات القانونية للتجريم في المجال التعاقدي الاستهلاكي (الفقرة الأولى) وكذا نطاق التدابير الزجرية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المبررات والأهداف التشريعية من التجريم في التعاقد الاستهلاكي

لقد برزت قواعد تجريم بعض الممارسات التجارية، مع ما يصطلح عليه "بالقانون الجنائي للأعمال"، في حين ظلت الحماية الجنائية بالنسبة للمستهلك مقتصرة على نصوص ذات طابع عام في القانون الجنائي، ليست مفعلة بالشكل المطلوب، لينتقل المفهوم من زجر المخالفات المرتبطة بتنظيم السوق إلى زجر المخالفات التي يكون ضحيتها المستهلك لسلب الإضرار بإرادته التعاقدية بإقرار الجزاء الجنائي.

لكن كثيرا ما طرح هذا النوع من الجزاء بعض الإشكالات لأنه سيطبق في المجال العقدي، فهناك من يرى في هذا الحل -أي توقيع جزاء جنائي- أنه يمثل خطورة على علاقات القانون الخاص فهو بمثابة إدخال جسم غريب لا يمكن التفاعل معه.

فالعقد وجد لكي يعبر عن التوازن بين القوى الاقتصادية المتنافسة ولم يوجد كي يكون عرضة لوسائل القمع⁽¹⁾، ومما لاشك فيه أن الجانب الجنائي يحتل مكانة هامة ضمن أي منظومة حماية قانونية، بحيث يعد عنصرا لا غنى عنه في سبيل تكريس الحفاظ على الحقوق وصون المكتسبات، ومن أهداف المشرع المغربي في سن التدابير الزجرية في متن قانون العقود هو ما يلي:

- إن الهدف من الجزاء الجنائي هو تفعيل النشاط في السوق وضبطه من خلال فرض غرامات على المهنيين المتنافسين المخالفين للأحكام القانونية، ويمكننا

¹ - سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون نوقشت بتاريخ 13-3-2016 بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر، ص 85.

القول بأن الجزاء الجنائي سيوفر حماية للمستهلك إلا أنها حماية غير مباشرة في الغالب إنها حماية وقائية، فمعاينة مورد مهني فاعل في تقديم خدمة في مجال الاتصال عن إشهار مفضل موجه لجمهور المستهلكين يجعل باقي الفاعلين في السوق يبتعدون عن ممارسة الإشهارات المضللة وبالتالي توفير حماية استباقية لمستهلكي هذه الخدمات من التعاقد الناتج عن الإشهار المضلل.

- عدم كفاية الجزاءات المدنية في تحقيق الأمن التعاقدى للمستهلك نظرا للضعف المادي والاقتصادي للمستهلك وعدم وعيه بحقوقه التعاقدية فالجزاءات الجيدة هي الجزاءات الرادعة⁽¹⁾، حيث أن الجريمة في مجال الاستهلاك باتت مسألة طبيعية على حد رأي بعض الفقه المغربي⁽²⁾، ودون وجود آلية فعالة لتوفير حماية قانونية لهذا الطرف الضعيف خارج قواعد القانون المدني، رغم رغبة المشرع المغربي في توفير حماية ناجعة للمستهلك في المجال العقدي من الغش والخداع والإشهارات الكاذبة والمضللة، حيث أن التشريع الخاص بالاستهلاك في قانون العقود المغربي ورغم مقتضيات الحماية العقدية التي جاء بها القانون 31.08، والتي تشكل ضمانات مهمة لحماية مستهلكي الخدمات في المرحلة السابقة على التعاقد، كما هو الحال في التنصيص على الحق في الإعلام ومنع الممارسات الإشهارية المضللة وتكريس حق الرجوع في التعاقد، إضافة إلى الضمانات التي تهدف إلى تعزيز التوازن العقدي من خلال تبني نظرية البنود التعسفية، وكذا تنظيم الاستدانة، وخاصة القروض

¹ - Une bonne sanction, est une sanction dissuasive, c'est pour cette raison que la commission de refonte du droit de la consommation avait envisagé l'instauration de sanction pénales en proposant des peines de police aux quelles pouvaient s'ajoutée différents peines complémentaires, dont l'affichage et la publicité du jugement aux frais du condamné, mais la commission souhaitait cependant que lorsque le juge répressif constatait une infraction il adressait d'abord une injonction au professionnel pour que ce dernier cesse l'infraction et répare le préjudice des victimes.

² - Au Maroc, la fraude reste une infraction naturelle dont la contraventionnalisation n'est que peu amorcée par les décisions de justice, Feral (R) , Les politique publique du contrôle des marchandises et de la répression des fraudes au Maroc , un actes du colloque le droit marocain des fraudes sur les marchandises et son adaptation aux marché extérieurs, col. FSJES. Marrakech n° 14, p 31.

الاستهلاكية، وكل هذا بنصوص أمرة، وحرصا على احترام هذه القواعد أكثر من طرف الموردين عموما وموردي الخدمات على الخصوص، فإن المشرع المغربي لم يكتفي بالتنصيص على مؤيدات قانونية مدنية لمواجهة الممارسات المخالفة لقانون للاستهلاك بل أورد مقتضيات زجرية⁽¹⁾ حتى لا يتم حرمان المستهلك من القواعد الأمرة في إطار ما يسمى بالنظام العام الحمائي *ordre public de protection*، وذلك لتقوية الأثر الوقائي للجزاء المدني ومنع خرق القواعد الحمائية للمستهلك، لأن العقوبة الجزائية في الغالب تكون ذات أثر قوي على المورد المهني مقدم الخدمة⁽²⁾ مما يترتب على وجودها الرهبة في الوقوع تحت تطبيقها، وكما أن العقوبة الجنائية تضر بالسمعة التجارية لمورد الخدمة (المهني) ونظرا لهذا الأثر البالغ فإن المورد يعمل بكثير من الاحتياط لتفادي الإضرار بسمعته في الوسط المهني.

- ولما للسياسة الجنائية من دور مهم في تحقيق أمن المستهلك وضمان سلامة صحته وسلامة أمواله وممتلكاته، كل ذلك أدى بالمشرع إلى الخروج عن الأحكام العامة التقليدية للقانون الجنائي، خاصة لما كانت المقتضيات الزجرية المتضمنة في هذا الأخير غير قادرة على توفير الحماية الجنائية للمستهلك، نظرا لتغيير المبادئ التي تقوم عليها سياسة التجريم والعقاب في المادة الاستهلاكية، فأصبحت تتسم بنوع من الخصوصية في تعاملها مع الجريمة الاقتصادية سواء على مستوى التجريم والعقاب أو على مستوى قواعد المسؤولية الجنائية.

وهكذا تضمن قانون حماية المستهلك المغربي رقم 31.08 مقتضيات زجرية تعاقب على مخالفات غير منصوص عليها في القانون الجنائي التقليدي، حيث أصبح يوفر الحماية القانونية للمستهلك الذي يعد طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية مع

¹ - العربي مياد، عقود الاذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي، مرجع سابق، ص 231.

² - يوسف الزوجال، حماية المستهلك في العقود التجارية-دراسة على ضوء قانون 31.08 حصيلة وآفاق، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2020، ، ص 137.

الموردين، حيث تدخل لردع كل من يحاول استغلال ضعف وجهل المستهلك والإضرار بإرادته التعاقدية وحماية حقوقه في جميع مراحل التعاقد الاستهلاكي وضمان استفادته من السلعة أو الخدمة.

- الاستجابة للضغط الداخلي والمتمثل في جمعيات حماية المستهلك والفقهاء القانوني وكذا هيئات المجتمع الدولي الذين طالبوا المشرع المغربي من أجل التدخل لإيجاد آليات قانونية فعالة للحد من استغلال المستهلك والإضرار بمصالحه المالية والصحية، حيث أن حماية المستهلك أصبح مطلباً دولياً وقد صدرت بشأنه عدة مبادئ واتفاقيات دولية⁽¹⁾، ونتيجة ذلك حاول التشريع الوطني أن يرسم الإطار العام لحماية المستهلك في المجالين المدني والجنائي مسايراً للمبادئ والأحكام التي اتفق عليها العرف الدولي وجسدتها بعض الدول المقارنة في تشريعاتها الداخلية، كما هو الحال بالنسبة للدول الأوروبية والذي جاء استجابة للإعلان الأوروبي لسنة 1973 والذي تضمن التأكيد على حق المستهلك الأوروبي في صحته من السلع والخدمات التي يقتنيها والحق في السلامة، والحق في المصالح الاقتصادية والمالية، وإبطال الشروط التعسفية والحماية من الدعاية الكاذبة والإشهار المضلل والحق في الحصول على تعويض الأضرار التي تلحقه من السلع المعيبة والتأكيد على إنشاء جمعيات حماية المستهلك التي تقوم بتوعيته والدفاع عن مصالحه وحقوقه⁽²⁾.

وفي الواقع نقول أن الجزاء الجنائي مهم في تحقيق الردع بصفة عامة في مجال التعاقد الاستهلاكي، سواء الردع العام أو الردع الخاص، لكن هذا لا يعني الاستغناء عن الجزاء المدني فهو الأصل لأن المعاملة تتم في شكل عقد يضاف إليه الجزاء الجنائي.

¹ - من بين هذه المبادئ والاتفاقيات:

- المبادئ التي أقرتها الأمم المتحدة سنة 1985 بموجب القرار رقم 347/39.

- اتفاقية فيينا لعام 1964 بشأن البيع الدولي للبضائع المتمثلة في منقولات مادية.

- اتفاقية لاهاي لعام 1985 بشأن البيع الدولي للبضائع الإنتاجية..

² عبد المنعم موسى، حماية المستهلك- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2007،

ص 44.

كما أن هناك عدة تشريعات تبنت المقاربة الزجرية في قوانينها للحد من المخالفات التي يرتكبها المهنيون، نظرا للأهمية الاقتصادية للمستهلك باعتباره حلقة مهمة في النمو الاقتصادي.

وبالتالي فليس المهم أن يكون الجزاء مدنيا فقط أو جنائيا فقط، وبمعنى آخر ليس الهدف هو تبني التطبيق الأرثوذكسي لقواعد القانون المدني في العقود الاستهلاكية كعقد مدني، وإهمال القواعد الجنائية بدعوى أن العقود المبرمة بين المستهلكين والموردين هي عقود مهنية، بل الهدف هو الوصول إلى حماية فعالة للعلاقات التعاقدية الجديرة بالحماية والتي يكون المستهلك طرفا فيها بما يضمن أمنه التعاقد في مواجهة طرف قوي الذي له من القدرة المالية والتقنية والقانونية الكافية في الدفاع عن مصالحه.

الفقرة الثانية: نطاق التدخل الزجري

بالرجوع إلى القانون 31.08 وخاصة القسم التاسع من القانون من 08-31 والمعنون بالعقوبات الزجرية نجده تضمن مجموعة من التدابير الزجرية التي تستهدف توفير حماية جنائية لمستهلك الخدمة في التعاقد الاستهلاكي، وهذه التدابير يمكن أن نقول بأنها تنقسم إلى صنفين تدابير زجرية هادفة لحماية مستهلك الخدمة من الاستغلال (أولا) بينما أخرى تستهدف ضمان استفادة المستهلك من الخدمة (ثانيا).

أولا: حالة استغلال ضعف وجهل المستهلك

لقد جاء القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك معززا بضمانات لحماية المستهلك راميا إلى خلق نوع من التوازن بين المستهلك والمورد وذلك بعد تجربة قانون 13.83 المتعلق بزجر الغش في البضائع، والذي اتسم بطابعه الزجري لتعزيز الترسنة القانونية التي تحمي المستهلك ونفس النهج الذي سار عليه قانون 31.08.

ونظرا للتطورات الاقتصادية المتلاحقة عرف التجريم تغييرا من حيث المبادئ التي يقوم عليها حيث أن المشرع المغربي يتجه نحو التأسيس لقواعد جزائية خاصة

بالجرائم الاستهلاكية العقدية، وذلك بالانتقال من المسؤولية المبنية على الخطأ في فلسفة القانون الجنائي العام إلى المسؤولية الجنائية المبنية على تحمل المخاطر في فلسفة القانون الجنائي للأعمال.

هذا الأخير الذي جاء لرأب الاختلال الواقع بين المراكز القوية للموردين والمراكز الضعيفة للمستهلكين، وإحداث نوع من التوازن حماية للحلقة الأضعف في هذه العلاقة التعاقدية غير المتكافئة، بين الموردين مقدمي الخدمات والمستهلكين، وغاية المشرع من هذا التدخل في مجال الأعمال ليس بالضرورة دائما هو البحث عن الجريمة ومرتكبها، بل هي في الأصل غاية وقائية تستند إلى وعي كل واحد من عناصر السوق بحقوقه وواجباته لتكون العلاقة بين رجال الأعمال المهنيين والمستهلكين منسجمة ومبنية على الشفافية⁽¹⁾.

وأمام هذا الوضع وللتخفيف من عدم التكافؤ بين المراكز المتعاقدة المورد المهني والمستهلك، ونظرا لقصور وعدم كفاية الجزاءات المدنية في توفير حماية عقدية شاملة للمستهلك ضحية الاستغلال، من خلال تقرير المشرع المغربي بطلان كل الالتزامات المتولدة عن هذا الاستغلال، طبقا لما جاء في الفصل 59 من القانون 31.08، الأمر الذي جعل المشرع المغربي يتدخل لاستكمال الحماية المرجوة للمستهلك بتدابير زجرية، وذلك بمقتضى المادة 184 من القانون 31.08 هذه الأخيرة التي نصت على أنه "يعاقب على مخالفة أحكام المادة 59 المتعلقة باستغلال ضعف وجهل المستهلك أو جهله بالحبس من شهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 1200 إلى 50000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وذلك دون الإخلال بأحكام الفصل 552 من مجموعة القانون الجنائي، إذا كان المخالف شخصا مغنويا يعاقب بغرامة تتراوح ما بين 50.000 و1.000.000 درهم".

¹ - رشيد بنفريجة، خصوصية التجريم والعقاب في القانون الجنائي للأعمال، جرائم الشركات التجارية نموذجا، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالكايد، تلمسان، السنة الجامعية 2016/2017، ص 30.

فالمادة أعلاه تبقى ذات أهمية خاصة واستثنائية لجزر هذا النوع من المخالفات التي يقوم بها المهني، والتي صعب تكييفها فيما سبق على أساس المسؤولية العقدية في الجانب المتعلق بالغبن أو التدليس، وحتى على مستوى المسؤولية الجنائية في الشق المتعلق بالنصب.

وتطرح جريمة استغلال ضعف وجهل المستهلك صعوبة بالغة من حيث تحديدها، مما يبقى الأمر متروكا للقاضي، وهي بهذا المعنى تبقى رهينة قناعة القاضي حول مدى توفر عنصري استغلال الضعف والجهل من طرف المورد⁽¹⁾.

ولما كان استغلال الضعف أو الجهل من بين الممارسات التجارية، التي يلجأ إليها المورد المهني مقدم الخدمة من أجل استمالة المستهلك على توقيع عقد أو التزام يكون الأداء فيه نقدا أو تسديدا لأجل، غالبا في محل إقامة المستهلك، ويغتنم المورد فرصة ضعف أو جهل المستهلك لتقديم خدمته، ومن أمثلة حالة الضعف في عقود الخدمات، أسرة تحت وقع فاجعة وفاة مفاجئة لأحد أفرادها بمصحة خاصة تقوم بأداء تكاليف الاستشفاء مبالغ فيها، حيث أن وضعية الوفاة لا تسمح لها بالمراجعة الدقيقة للفواتير المتعلقة بالعلاج، وحالة القرض بفائدة مرتفعة، كما أن نظرية استغلال الضعف تختلط بمفاهيم مشابهة مثل عيوب الإرادة وآثارها ترتبط بنظرية البطلان والإبطال.

لكن ما ينبغي الإشارة إليه هو أن البطلان المتحدث عنه هنا في ظل هذه المادة، هو بطلان الالتزام الذي يشكل خلا واستغلالا في العقد، وليس بطلان العقد بالكامل.

فالمستهلك كما هو معلوم بحاجة للخدمة⁽²⁾، وبالتالي لا يمكن بطلان العقد، وإنما يتم معالجة الخلل في هذا الأخير، فقد يتجلى في وجود شرط محجف يتم استغلال به ضعف

¹ - بالرجوع للمادة 552 من القانون الجنائي المغربي نجدها تنص على أنه: " من استغل حاجة قاصر دون الواحدة و العشرين أو بالغاً فاقد الأهلية أو محجوراً، أو استغل أهواءه أو عدم خبرته، ليحصل منه على التزام أو إبراء أو أي سند يمس ذمته المالية، إضراراً به يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و غرامة من مائتين إلى ألفي درهم".

² - فتقديم قرض بفائدة مرتفعة بسبب وجود المستهلك في وضعية ضعف اقتصادي، يجب على القاضي رد لفائدة إلى الحد المعقول وإبقاء عقد القرض سارياً المفعول نظراً لحاجة المستهلك لهذا القرض.

مدارك المستهلك وجهله، وهنا تتجلى خصوصية القانون 31.08 عن القواعد العامة هذا من جهة.

ومن جهة أخرى يتم استرجاع المبالغ المؤداة من قبله واسترجاع ثمن الخدمة المؤداة، بالإضافة إلى كل ذلك، هناك تعويض قررته المادة لفائدة المستهلك والذي يبقى من صلاحية السلطة التقديرية للقاضي، فالمستهلك المقترض المتضرر من استغلال المهني المؤسسة المقرضة (البنك)، يمكن له بالإضافة إلى طلب بطلان العقد واسترداد ما دفعه أن يطالب بالتعويض حسب المادة 59 من القانون رقم 31.08.

وخلاصة القول أن الواقع يثبت أن درجة استغلال الضعف أو الجهل تختلف من مستهلك إلى آخر، كما أن القضاء لم يتفاعل مع هذه النظرية منذ صدور القانون إلى يومنا هذا، في حدود ما تيسر لنا الاطلاع عليه من العمل القضائي من زاوية أن استغلال الضعف والجهل يشكل جريمة مستقلة يعاقب عليها قانون حماية المستهلك جنائياً، بل نجد أن القضاء المغربي لازال يتشبث بالجزاء المدني لاستغلال ضعف أو جهل المستهلك، ويعتبر أن من مظاهر استغلال ضعف المستهلك، فرض المورد للبندود التعسفية في عقد استهلاكي⁽¹⁾، كما هو الحال بالنسبة لحالة قيام بنك بالتعديل المنفرد لسعر الفائدة في قرض سكن، وذلك برفعه من 2,5 إلى 12% بصورة أحادية، حيث جاء في حيثيات حكم المحكمة التجارية بفاس⁽²⁾ "ففيما يخص طلب بطلان الرفع من سعر الفائدة حيث دفعت المدعى عليها (البنك) بأن الرفع من سعر الفائدة من 2,5 إلى 12,5 بالمائة كان بناء على ما تم الاتفاق عليه في العقد الأصلي والملحقين التعديلين طبقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

¹ - هذا التوجه ذهب إليه بعض الباحثين المغاربة، حين رأى أن إدراج البندود التعسفية من طرف المورد والحرص على تنفيذها، يمكن أن يفسر بأنه مظهر من مظاهر استغلال ضعف و جهل المستهلك، لأن المستهلك لولا احتياجه للخدمة أو السلعة لما أقبل على التعاقد بتلك الشروط التعسفية.

انظر: زكرياء خليل، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقال منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد مزدوج 11-12، الطبعة الأولى، 2016، ص.70

² - حكم رقم 1678 الصادر بتاريخ 2015/10/1 في الملف التجاري 2014/5/245 عن المحكمة التجارية بفاس، غير منشور.

لكن حيث إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المستفادة من الفصل 231 من ق.ل.ع.م ليست مطلقة، وأن القانون قيدها في العديد من الحالات، وأنه من الثابت في نازلة الحال أن عقد القرض بين الطرفين يعتبر قرضا استهلاكيا، ولما كان قانون حماية المستهلك يلغي كل الشروط التعسفية من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي أو استغلال حاجة وضعف المستهلك، فإن المحكمة ارتأت بأن الشرط المتفق عليه بين الطرفين والذي يسمح للمدعى عليها بأن تعدل من سعر الفائدة وقت ما شاءت ودون الحاجة إلى موافقة المقترض أو إخباره يعتبر شرطا تعسفيا.

نقول في هذه النقطة أن استغلال ضعف وجهل المستهلك، يشكل آلية قانونية نهائية إضافية تعزز من الأمن التعاقدي للمستهلكين، عموما ومستهلكي الخدمات على وجه الخصوص، غير أن الاستفادة من هذه الآلية رهين بوعي المستهلك المتضرر من عقد استهلاكيا، وكذا جمعيات حماية المستهلك المختصة قانونا لبلورة هذا المقتضى الهام عمليا، لتحقيق نجاعة التدابير الزجرية التي جاء بها القانون 31.08 كآلية إضافية في باب مسؤولية موردي الخدمات عن مخالفات قانون تدبير حماية المستهلك.

ثانيا: التدابير الزجرية الهادفة لضمان استفادة المستهلك من الخدمة

تتطلب حماية مستهلك الخدمة من المخالفات التجارية الناتجة عن عدم احترام قواعد شفافية الأنشطة التجارية، حماية هذا الأخير من كل ممارسة تمس بنزاهة السوق، إذ لا بد من أن تكون الأنشطة التجارية المتعلقة بتقديم الخدمات من طرف المورد والمعروضة للمستهلك بعيدة عن كل ممارسة غير مشروعة أو ممارسة تدليسية⁽¹⁾.

فنزاهة الممارسات التجارية لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال احترام الأنظمة والقوانين المنظمة للسوق، واحترام الرغبات المشروعة للمستهلك، حيث تسمح المنافسة المنظمة والمقننة عند ممارستها في إطار قانوني من تنظيم السوق، وكذا استقرار الأسعار وتحسين العرض، كما ونوعا، وبالتالي إعطاء فرصة أكبر للمستهلك في حق الاختيار بين الخدمات المتقدمة، أما عن احترام الرغبات المشروعة للمستهلك فتكمن في

¹ - منال بوروح، النظام العام والعقد، مرجع سابق، ص 444.

احترام هذا الأخير في جسمه وماله ورغباته المشروعة، بحيث لا يمكن استغلال ضعف المنزللة التي هو فيها بالمقارنة مع حالة المورد¹.

لهذه الأسباب قام المشرع المغربي بحظر بعض الأساليب التجارية، وخاصة تلك المتعلقة برفض أو تعليق تقديم الخدمة على قيد من القيود، أو تقديم بشكل هرمي، حيث نصت المادة 57 من قانون 31.08 على أنه: "يمنع ما يلي:

- الامتناع عن بيع منتج أو سلعة أو تقديم خدمة إلى المستهلك دون سبب مقبول؛
 - تعليق بيع منتج أو سلعة على شراء كمية مفروضة أو على شراء منتج أو سلعة أخرى أو تقديم خدمة أخرى في آن واحد؛
 - تعليق تقديم خدمة على تقديم خدمة أخرى أو على شراء منتج أو سلعة".
- كما نصت المادة 58 من نفس القانون على أنه: "يمنع ما يلي:

1. البيع بالشكل الهرمي أو بأي طريقة أخرى مماثلة يتعلق خاصة بعرض منتجات أو سلع أو خدمات على المستهلك، مع إغرائه بالحصول على المنتجات أو السلع أو الخدمات المذكورة بالمجان أو بسعر يقل عن قيمتها الحقيقية وبتعليق البيع على توظيف سندات أو تذاكر للغير أو على جمع اشتراكات أو تقييدات؛
2. اقتراح قيام مستهلك بجمع اشتراكات أو تقييد نفسه في قائمة مع إغرائه بالحصول على مكاسب مالية ناتجة عن تزايد هندسي لعدد الأشخاص المشتركين أو المقيدين".

ونظرا لخطورة هذه الممارسات على الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات لكونها لا تراعي حق اختيار المستهلك، كما أنها تشكل مظهرا من مظاهر التعسف الناتج عن استغلال وضعية التبعية في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين، فقد أقر المشرع المغربي

¹ - Naceur Fatiha : L'obligation légale de la liberté des prix et de la facturation pour la mise en concurrence sur le marché, revue des études juridiques, , faculté de droit, Tlemcen n° 7, 2010, p 339.

جزاء جنائيا بمقتضى القانون 31.08 لكل من رفض أو امتنع عن تقديم خدمة متوفرة دون مبرر شرعي للمستهلك، أو بتقديم الخدمة بشروط وهي:

- أداء الخدمة المشروط بمكافأة مجانية.
- اشتراط تقديم الخدمة بأداء خدمة أخرى.

حيث أقر لهذه المخالفات عقوبات زجرية متمثلة في فرض غرامات مالية تتراوح بين 1200 إلى 10.000 درهم وفي حالة العود، وترفع الغرامة إلى الضعف⁽¹⁾ بتوفر حالة العود في حالة ارتكاب نفس المخالفة، داخل أجل خمس سنوات الموالية لصدور حكم حائز على قوة الشيء المقضي به من أجل أفعال مماثلة.

فالهدف من وراء هذا المنع التجريم هو محاربة التعسف في التعاقد الاستهلاكي الخدماتي لصالح مستهلك الخدمة المتعاقد، كما أن فيه حماية لمصالحه الاقتصادية⁽²⁾.

وكتطبيق عملي للفقرة الثالثة من المادة 57 من قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك التي تمنع تقديم الخدمة دون سبب مقبول، ما جاء في نزاع بين شخص زبون مؤسسة بنكية قام بطلب تمويل قرض سكني، غير أن هذه الأخيرة رفضت تمويل قرض السكن بدعوى أن البنك يبقى حرا في منح قرض أو عدم منحه لأي زبون كيفما كان، وذلك انطلاقا من سياسته المصرفية، وكذا من ضوابطه الداخلية التي لا دخل للزبون فيها، وأن البنك يبقى حرا في رفض أي طلب قرض كيفما كان، وفي هذا الإطار قضت المحكمة التجارية بأكادير في حكمها الصادر بتاريخ 2016/3/14⁽³⁾ برفض طلب المدعي طالب القرض المستهلك طالما لم يثبت رفض المؤسسة البنكية تقديم الخدمة البنكية دون سبب مقبول، والتي تحددها بالنسبة للعموم دون تمييز، حيث جاء في حيثيات الحكم: "وحيث بخصوص الشق المتعلق بطلب المدعي منحه القرض فإن التشريع البنكي

¹ - المادة 182 من قانون 31.08 المتعلق بتدابير لحماية المستهلك.

² - إن منع المشرع الممارسة التجارية التي يقوم بها بعض موردي الخدمات بتعليق تقديم خدمة على تقديم خدمة أخرى (تقديم خدمات مرتبطة) فيه حماية للمستهلك حيث أن هذا المنع يضمن مراعاة الحاجة الحقيقية للمستهلك.

³ - حكم رقم 2016/734 الصادر بتاريخ 2016/3/14 في الملف رقم 15/8220/2008 عن المحكمة التجارية بأكادير منشور بموقع Maroc Droit بتاريخ 11 مارس 2016.

بالمغرب، لئن نظم مفهوم الحق في الحساب البنكي من خلال المادة 112 من القانون رقم 34-03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، فإنه لم يقرر شأنه شأن التشريعات المقارنة مبدأ الحق في القرض البنكي، ويبقى للبنك الخيار في إبرام عقد القرض واختيار زبائنه تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد وفق ق.ل.ع، كما في نازلة الحال، وأن التشريعات المقارنة التي رفضت إقرار الحق في القرض البنكي وجهت بحق البنك التقديري في تقدير خطر المديونية المفرطة الذي قد يحقق بالزبون (المستهلك) من خلال ما قد يبدو من ملفه... وأن كل ما يتوفر عليه الزبون في حالة رفض طلبه، هو إعادة تكوين ملف جديد يقدم إلى البنك ويتلافى قدر الإمكان ثغرات الملف المرفوض، ولا يمكنه مراجعة القضاء إلا في حالة واحدة وهي التي يظهر من خلالها تعسف البنك في قرار الرفض، من خلال إقامة الدليل على وجه التمثيل على منحه قروضا لأشخاص في نفس المركز المالي لطالب القرض أو بنفس الضمانات التي يتوفر عليها، هنا يمكن تأسيس مسؤولية البنك على الفصل 94 من قانون ل.ل.ع والفقرة الأولى من المادة 57 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، التي تمنع مقدم الخدمة من الامتناع عن تقديم خدمة إلى المستهلك دون سبب مقبول باعتباره، والبنك هنا ملزم بتقديم الخدمة لعموم المستهلكين المستجيبين لنفس الشروط التي يحددها دون تمييز.

وحيث أن المدعي لم يقدم الدليل على تعسف المدعى عليه الثاني في رفض طلب الحصول على القرض موضوع الدعوى، من خلال الوثائق التي قدمها، أو المقارنات التي كان من الممكن أن يتحصل عليها لحالات مثل حالته، الأمر الذي يتعين اعتباره لهذه التعليقات وتلك التي تخص الطلب المقدم في مواجهة المدعى عليها الأولى التصريح برفض الطلب".

ومن وجهة نظرنا فإننا نؤيد فيما ذهب إليه في الشق المتعلق بكون المقترض لم يستجب للمعايير المحددة من طرف المؤسسة البنكية على جميع الزبناء للاستفادة من خدمة البنك.

غير أننا نعيب عليه إلقاء عبئ إثبات وجود حالات مماثلة استفادت من القرض على عاتق طالب خدمة القرض لإثبات رفض الخدمة، نظرا لكون المستهلك ليس له الوسائل للحصول عليها أمام سرية العمل البنكي، لذا كان على القضاء وفي إطار تطبيق التدابير الحمائية للمستهلك قلب عبء الإثبات بعدم التعسف على عاتق المؤسسة البنكية، وذلك بإلزام القاضي بهذه الأخيرة بإحضار بعض الحالات المماثلة لدفع تهمة رفض الخدمة، حرصا على الأمن التعاقدي للمستهلك من خلال ضمان حقه في الولوج إلى الخدمة بشكل ميسر.

المطلب الثاني: خصوصية المقتضيات الجزية في التعاقد الاستهلاكي

عند اطلاعنا على مضامين القسم السابع من قانون 31.08 الخاص بالعقوبات الجزية نلاحظ أن المشرع اعتمد بالأساس على العقوبات المالية كأصل العقاب لمخالفه المورد المهني لأحكام تدابير حماية المستهلك التعاقدية ولم يقرر العقوبات المالية الجزية إلا استثناء وخاصة لما يكون المورد شخص طبيعي (الفقرة الأولى) بخلاف لو كان المورد شخصي معنوي فإن المشرع المغربي أقر مسؤولية جنائية مشددة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تبني العقوبات المالية كأصل

العقوبة جزاء يقرره القانون ويوقعه القاضي بحكم قضائي باسم المجتمع، ومعنى كون الجزاء عقوبة أنها تنطوي على ألم يلحق بالمجرم نظير مخالفته نصوص القانون، وذلك بحرمانه حقا من حقوقه التي يتمتع بها، وعلى هذا الأساس نص القانون 31.08 على مجموعة من العقوبات جراء مخالفة أحكام هذا القانون حيث خصص لهذه العقوبات قسما خاصا بها. يضم 21 مادة (من المواد 173 إلى المادة 194)⁽¹⁾.

ولعل القراءة المتأنية لهذه النصوص تجعلنا نبدي الملاحظات التالية:

¹ - عبد الحفيظ دين: الحماية الجنائية للمستهلك في ضوء القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 36.

- تبني المشرع المغربي للعقوبات المالية كأصل في غالبية المواد، إذ جاءت أغلب العقوبات من حيث المبدأ في شكل غرامات، كما هو الحال بالنسبة للعقوبات المقررة للمخالفات التي يقوم بها المورد، والنتيجة عن خرق الأحكام الواردة بالقسم الثاني من قانون 31.08 والمتعلقة بالإخلال بقواعد حق المستهلك بالإعلام⁽¹⁾.

وكذلك الأمر بالنسبة للعقوبات المقررة للإشهارات الكاذبة، والتي يترتب عنها إيقاع المستهلك في الغلط بأي وجه من الوجوه، إذا كان يتعلق بواحد أو أكثر من العناصر التالية، كحقيقة وجود الخدمة محل الإشهار ومميزاتها وتعريفاتها وأساليب تقديمها والمنصوص عليها في المادة 21 من قانون 31.08، وكذلك العقوبات المقررة بالنسبة لمخالفة أحكام الخدمات المبرمة عن بعد، حيث نصت المادة 77 منه على أنه يعاقب على مخالفات أحكام المواد 29 و30 و39 بغرامة من 1200 إلى 10.000 درهم، وترفع الغرامة إلى الضعف في حالة العود⁽²⁾.

كما عاقب المشرع المغربي على رفض المورد إرجاع المبالغ إلى المستهلك في حالة ممارسته لحق الرجوع داخل الأجل القانوني، ووفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 37 و40 من قانون 31.08 بغرامة من 1200 إلى 50.000 درهم⁽³⁾. وحرصا على استفادة المستهلك من الولوج إلى الخدمات والاستفادة منها كما في حالة رفض المورد تقديم الخدمة أو تقييد الحصول عليها بالحصول على خدمة أخرى، فقد قرر المشرع عقوبة مالية على مخالفة أحكام المادتين 56 و57 حددت في غرامة من 1200 إلى 10000 درهم⁽⁴⁾.

¹ - حيث نصت المادة 173 على أنه : " تعاقب بغرامة 2000 إلى 5000 درهم على مخالفة أحكام القسم الثاني من هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه " .

² - نصت الفقرة الثالثة من المادة 177 من قانون 31.08 على أنه: " يعتبر في حالة عود من يرتكب مخالفة داخل أجل الخمس سنوات الموالية لصدور حكم حائز على قوة الشيء المقضي من أجل أفعال مماثلة " .

³ - المادة 178 من قانون 31.08.

⁴ - المادة 182 من القانون 08.31.

بعد رصد غالبية العقوبات المقررة كجزاءات زجرية ضد مورد الخدمة المخالف للأحكام التعاقدية الاستهلاكية المنصوص عليها في قانون تدابير حماية المستهلك نرى ما يلي:

- اتجاه المشرع إلى إضفاء نوع من المرونة على الطابع الزجري في هذا القانون، حيث اقتصر في الغالب على الغرامات المالية⁽¹⁾، ولم يقرر عقوبة حبسية إلا بشكل استثنائي، كما هو الحال في المادة 183 و184 المتعلقين بجريمة تقديم الخدمات بشكل هرمي، وكذا جريمة استغلال ضعف وجهل المستهلك، وهو مقتضى بالغ الأهمية لحماية المستهلك من ممارسة تجارية منافية للمنافسة ومقيدة لحق المستهلك في الولوج إلى الخدمة، وكذا من تعسفات الموردين، ومثل هذه العقوبات تكون رادعة للموردين كما تعد من الضمانات القانونية لمنع استغلال ضعف أو جهل المستهلك⁽²⁾.
- أن هذه العقوبات بسيطة لا ترقى لحجم بعض التجاوزات قد تمس حقوق المستهلك وإرادته التعاقدية بحيث نجد مثلاً المادة 173 تحدد الغرامة في 2000 إلى 5000 درهم بخصوص كل الجرائم المتعلقة بالقسم الثاني من قانون 31.08 والذي خصه المشرع لمسألة إعلام المستهلك.
- وغالباً هذه العقوبات تكون مقررة لما يكون المورد شخص طبيعي، غير أن المسؤولية الجنائية تتميز بخصوصية التشديد لما يكون المورد شخص معنوي.
- الفقرة الثانية: تشديد المسؤولية الجنائية للمورد الشخص المعنوي آلية لتعزيز الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات.**

يقصد بالشخص المعنوي مجموعة الأشخاص أو الأموال يعترف لها القانون بالشخصية القانونية المستقلة، فتكون قابلة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات⁽³⁾.

¹ - أمين أعزان، تقييم المقترحات الجنائية الواردة في القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مجلة الدفاع، العدد السادس، أكتوبر 2011، ص 154.

² - بشرى السروت، استغلال الضعف والجهل لدى المستهلك المقترض، رسالة لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، السنة الجامعية ص 2016/2017، ص 47.

³ - شريف سيد كامل، "المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، دار النهضة العربية، القاهرة 1997، ص 3.

وقد أثار موضوع الشخص المعنوي جدلاً واسعاً حول مسؤوليته الجنائية، نظراً للتطور في العلاقات الاقتصادية والاجتماعية، وما صاحبه من تزايد في النشاط والتعامل التجاري، فبعد أن كان الاقتصاد يقوم على النشاط الفردي للأشخاص الطبيعيين أصبح يركز على تجمع الأفراد والثروات في شكل شركات ومؤسسات، مما أدى إلى تعاظم دور الأشخاص المعنوية في مجال الإنتاج والتوزيع والاستهلاك، وما صاحب ذلك من ظهور العديد من الجرائم الاقتصادية التي أضرت بمصالح المستهلكين، ولهذا فقد اتجهت أغلبية التشريعات الجنائية إلى قبول مبدأ مسؤولية الشخص المعنوي جنائياً عن الجرائم التي يرتكبها، ومن بين هذه التشريعات نجد التشريع الأنجلوأمريكي، ويعتبر التشريع المغربي من بين التشريعات التي أخذت بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، وذلك في الفصل 127 من القانون الجنائي الذي جاء فيه: "لا يمكن أن يحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالعقوبات المالية والعقوبات الإضافية الواردة في الأرقام 5 ق و 6 ق و 7 من الفصل 36"⁽¹⁾، ثم التدابير الوقائية العينية الواردة في الفصل 62.

ويشكل الفصل 127 من القانون الجنائي النص الوحيد والفريد الذي يحدد المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في القانون الجنائي، غير أننا نجد أن قانون تدابير حماية المستهلك قد جاء بعدة مقتضيات زجرية تهم الحماية العقدية للمستهلك، من خلال معاقبة المشرع للمورد الشخص المعنوي بعد قيام هذا الأخير بمخالفة الالتزامات العقدية التي فرضها القانون على المورد، في جميع مراحل التعاقد الاستهلاكي، مثل جريمة الإخلال بحق المستهلك في الإعلام، ومخالفة قواعد الإشهار المشروع، وبعض التدابير الحماية لمركز المستهلك، كجريمة استغلال الضعف والجهل، والجرائم المرتكبة من طرف المقرضين تجاه المقترضين والمخالفة لأحكام الاستدانة.

¹ - يحدد الفصل 36 من القانون الجنائي العقوبات الإضافية والتي يمكن تطبيقها على الشخص المعنوي في:
- المصادرة الجزئية للأشياء المملوكة للمحكوم عليه، بصرف النظر عن المصادرة المقررة كتدبير وقائي في الفصل 89.

- حل الشخص المعنوي.
- نشر الحكم الصادر بالإدانة.

وبالرجوع إلى القانون 31.08 نلاحظ أن هناك تغليظ للعقوبة في حالة إذا ما كان الجاني شخصا معنويا كما هو الشأن في المادة 174 و⁽¹⁾180 من القانون 08.31. ففي حالة المادة 174 التي تعاقب على الإشهار الكاذب والمضلل في حالة الشخص الطبيعي المرتكب للجريمة من 50.000 إلى 250.000 درهم، ترفع الغرامة إلى 1.000.000 (مليون درهم) إذا كان الجاني شخصا معنويا.

أما في حالة المادة 180 من قانون 31.08 حيث يعاقب على مخالفة أحكام المواد من 47 إلى 51 أعلاه بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 1200 إلى 25000 درهما أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وبالرجوع إلى المواد المطبق عليها النص نجدها متعلقة بتنظيم البيع خارج المحلات، والتي بانتقالها إلى المستهلك تشكل خطرا متزايدا، خاصة على المقترض أمام تسرعه من جهة وممارسات المهني التي تتلاعب بالعامل النفسي، خاصة مستهلكي الخدمات ذات الوعي الاستهلاكي المحدود.

وبإقرار هاته المادة سيكون المورد مجبرا على احترام أحكام القانون ليس فقط تحت طائلة الجزاء المدني، بل وحتى الجنائي منه، مما يعزز آليات الأمن التعاقدي.

وتشير المادة أعلاه إلى تشديد العقوبة المتمثلة في الغرامة إذا ثبت أن الأفعال التي تشكل أركان الفعل الجرمي قد قام بها شخص معنوي، حيث تتراوح العقوبة ما بين 100.000 و1.000.000 درهم (مليون درهم)، ويبقى المبلغ المحدد كغرامة صورة من صور الوسائل البديلة للردع، والتي يمكن أن تؤدي إلى إغلاق مؤسسات تجارية خاصة إذا كانت تتخذ شكل شركة، والتي تطالها العقوبة لحكم عمومية المادة، التي تخاطب جميع الأشخاص المعنوية.

ونقول بهذا الخصوص إن المشرع لما يضيف ظروف التشديد، عندما يكون الشخص معنويا، فإنه سيشكل رادعا لموردي والخدمات، وهذا من شأنه أن يشكل آلية ردعية وقائية تسهم في تقوية الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات، خاصة وأنه في هذا العصر، أن غالبية الخدمات الأساسية أصبحت تقدمها أشخاص معنوية مثل خدمات

¹ - أمين أعزان، مرجع سابق، ص 154.

الاتصال وخدمات التأمين والخدمات البنكية، حيث يكون المستهلك دائما طرفا في عقد استهلاكي مع مؤسسات معنوية، ونرى أن تغليظ العقوبة المالية بالنسبة للأشخاص المعنوية، سيشكل ضمانا حمائية حقيقية لتنقية مجال التعاقد الاستهلاكي، من بعض الممارسات التي تضر بالظروف التعاقدية للمستهلكين، كما أن هذه العقوبات ستجعل هذه الشركات تعتمد رقابة ذاتية على أنشطتها التوريدية في علاقتها بالمستهلكين.

وقد تنبه المشرع المغربي في القانون 31.08 لمسألة مهمة بضمان عدم الإفلات من العقاب بالنسبة للأشخاص الطبيعيين المسمرون للشخص المعنوي، حيث أن مسؤولية الأشخاص المعنوية لا تقصي مسؤولية الأشخاص الطبيعيين باعتبارهم فاعلين أو مشاركين في ارتكاب نفس الأفعال⁽¹⁾، حيث نصت المادة 175 منه على أنه "إذا كان مرتكب المخالفة شخصا معنويا يتحمل مسيره المسؤولية ويعاقب عن المشاركة في الجريمة طبقا لأحكام القانون الجنائي" وهو ما كرسه المشرع الفرنسي في المادة 5/121 من القانون الجنائي الفرنسي⁽²⁾.

وبذلك يكون المشرع المغربي قد أقر مبدأ أساسيا، يتمثل في تحميل المسؤولية للمسير (الشخص الطبيعي) عن الأعمال غير المشروعة، وإن كانت قد تمت لحساب الشركة.

هذا المقتضى مهم في تقوية الأمن التعاقدي للمستهلك في عقود الخدمات البنكية وخاصة خدمات القرض، حيث أنه وأمام تملص المساهمين الذين يكونون غالبا هم المسمرون للمؤسسات المقرضة، أو تملص المسير غير المساهم لكنه المسؤول عن وضع النماذج العقدية وعدم احترام الضوابط القانونية، فإن المشرع المغربي قد تنبه إلى ذلك في مظهر آخر للعقوبات والمتعلق بالغرامات، عندما عاقب بموجب المادة 187 من قانون تدابير حماية المستهلك المغربي المقرض الذي يغفل التقيد بالإجراءات المقررة في

¹ - Thierry dal Masso : responsabilité pénale des personnes morales, diffusions , Litec, 1996, p.9.

² - L 121/ 5, C.P.F dispose que : "si le contrevenant est une personne morale, la responsabilité incombe ses dirigeant".

المواد من 77 إلى 83 والمتعلقة بإخلال المؤسسة المقرضة بضوابط الإشهار في ظل أحكام القرض⁽¹⁾.

وعن إدراج الاستثمار القابلة للاقتطاع في عرض القرض تطبيقاً للمادة 85 من القانون 08.31، وكذا حمل نفس المستهلك على توقيع عدة عروض مسبقة بمبلغ إجمالي من حيث رأس المال يفوق القيمة المؤداة بقرض للخدمة المقدمة تلقى خلافاً لأحكام المادتين 87⁽²⁾ و99. حيث قامت المادة المشار إليها أعلاه بتحميل المسؤولية للمسيرين، إن كان المخالف شخصاً معنوياً، وهو ما يمس الذمة المالية الشخصية للمسيرين ويجعلهم صارمين في مراقبة كل العمليات غير القانونية.

إضافة إلى عقوبات أخرى تهم رفض جرد المبالغ للمستهلك وأداء مبالغ قبل إبرام عقد القرض، وجرائم متوقعة بحكم تقنيات الاتصال عن بعد، وتخلف بياناتها وإرسال دعوة عبارة عن رسالة عبر البريد الإلكتروني إلى المستهلك دون موافقته.

وتحقيقاً للردع العام والخاص بين موردي الخدمات نجد أن المشرع قد أقر الحكم بالإدانة، كجزاء على مخالفة المورد لمقتضيات قانون الاستهلاك بشكل إلزامي أو على سبيل الاختيار تبعاً للسلطة التقديرية للمحكمة.

وبخصوص النشر الإلزامي للحكم بالإدانة نصت عليه المادة 175 من ق 31.08 حيث نجدها قد ألزمت المحكمة بنشر أو تعليق المقرر القضائي أو هما معاً.

حيث نصت في المادة أعلاه في فقرتها الثانية، "تأمر المحكمة في حالة الإدانة بنشر أو تعليق المقرر القضائي أو بهما معاً، ويمكن لها إضافة إلى ذلك أن تأمر بنشر إعلان أو عدة إعلانات استردادية على نفقة المحكوم عليه ويحدد المقرر القضائي مضمون الإعلانات وكيفية نشرها أو بثها ويمنح للمحكوم عليه أجل للتنفيذ وفي حالة عدم القيام بذلك يتم البث أو النشر بناء على طلب النيابة العامة وعلى نفقة المحكوم عليه".

¹ - تتعلق هذه المواد بمجموعة من الالتزامات التي ألزم بها المشرع مؤسسات القرض بضرورة احترامها حماية للمستهلك المقترض وهي من النظام العام، وتهم الاستدانة.

² - تنص المادة 87 من قانون 31.08 على أنه: "لا يمكن ما لم يتم إبرام عقد القرض بصفة نهائية أن يؤدي أي مبلغ بأي شكل من الأشكال وبأي كيفية كانت من لدن المقرض لفائدة المقترض أو لحسابه، ولا من لدن المقترض إلى المقرض"، ونفس الأمر بالنسبة للقرض المخصص والذي نصت عليه المادة 99 من قانون 31.08.

أما النشر على سبيل الجواز فقد نصت عليه المادة 187 من القانون 31.08 وخاصة في حالة مخالفة المورد لأحكام المواد 77 إلى 83 والمواد 76 و101، وعن إدراج الاستمارة القابلة للاقتطاع في عرض القرض تطبيقاً للمواد 85 والمتعلقة بعدم احترام المقرضين لأحكام العرض المسبق وأحكام عملية القرض.

وقد رأى بعض الباحثين المغاربة أنه كان على المشرع ترك الصلاحية في النشر من عدمه للسلطة التقديرية للقضاء، لتقرير ذلك حسب كل نازلة⁽¹⁾، ونرى بخلاف ذلك لأن ذلك سيخلق تباين في التوجهات القضائية بين المحاكم مما يؤدي إلى الإضرار بالأمن القضائي بين الموردين، كما أن النص القانوني الأمر سيفقد أهميته في ظل التباين بين العمل القضائي المغربي، مما سيضر بالأمن التعاقدى للمستهلكين الذي يهدف إليه المشرع المغربي.

ويعتبر جزاء نشر الحكم وتعليقه بالغ الأثر على مورد الخدمة المدان في جرائم الإضرار والعدوان على المستهلك، حيث يعتبر جد فعال لماله من تأثير على سمعة المورد، فهو يصيبه في سمعته واعتباره، لدى زبائنه الذين يعتمد عليهم في كسب ربحه وتنمية دخله ففقدان الثقة فيه، يؤدي إلى تقليل حجم مكاسبه المالية المستقبلية لعزوف الجمهور عن التعامل معه، بسبب ما يسمعه الزبائن والمستهلكين عامة، عن طريق الراديو والتلفزيون وغيرها من وسائل الإعلام، كما يخلق شعور لدى المستهلكين، أن المورد المعني ليس أهلاً للثقة، ومن لم تسمح له الفرصة من معرفة ذلك فسيجد الحكم معلقاً على واجهة مقر المقولة الموردة للخدمة أو المحل⁽²⁾.

في خلاصة هذا المبحث، نرى أن استحداث المسؤولية الجنائية إلى جانب المسؤولية المدنية عند مخالفة موردي الخدمات لأحكام التعاقد الاستهلاكي الخدماتي، سيشكل إضافة نوعية في مجال حماية مستهلكي الخدمات كما أنها آلية لتقوية دعائم الأمن التعاقدى لمستهلكي الخدمات، خاصة لما أقر المشرع عقوبات زجرية ذات خصوصية تراعي مجال الأعمال، خاصة تلك المتعلقة بما يلي:

¹ - أمين أعزان، مرجع سابق، ص 154.

² - فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان السنة الجامعية 2012/2013، ص 252.

- إقرار العقوبات المالية كأصل، ممثلة في غرامات والعقوبات الحبسية كاستثناء وهذا يساير التوجهات الحديثة في العقاب تطبيقا لقاعدة الغرم بالغرم
- إقرار المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في مجال التعاقد الاستهلاكي، لأن غالبية الموردين هم أشخاص معنويون، وهم في الغالب ما يتعاملون بالعقود النموذجية مع المستهلكين، وليس للمستهلك القدرة على التفاوض أو فرض احترام القانون، وبالتالي فإن من شأن إقرار عقوبات زجرية على بعض المخالفات سيولد خوفا لدى المهنيين من هذه التدابير الزجرية.
- تمديد المسؤولية الجنائية إلى المسيرين سيمنع من الإفلات من العقاب، ويجعلهم أكثر احتياطا وحرصا في تفعيل العملي للقانون باعتبارهم الساهر الفعلي على العملية التعاقدية برمتها.
- نشر الأحكام بالإدانة آلية وقائية تضمن نجاعة الجزاء، لكونها تضر بالسمعة التجارية للموردين.

المبحث الثاني: دور سلطات الضبط المستقلة في إقرار مسؤولية المورد المهني

لقد أصبحت الإدارة تنافس القضاء في إقرار المسؤولية وتوقيع الجزاء المدني، بفعل تدخل السلطات الإدارية المستقلة بمهمتها الضابطة في كل مسارات العقد، حيث أصبحت هذه الأخيرة فاعلا جديدا وفي توقيع المسؤولية المدنية، بحيث أصبحت لسلطات الضبط مجالا واسعا في توقيع الجزاء إلى جانب الدور القضائي.

فقد أكد بعض الفقه بأن السلطات الإدارية المستقلة المتدخلة في العقد، إنما تمثل سلطات شبه قضائية، بما أنها تختص بتوقيع الجزاء المناسب، كما يبرر ذلك بخصوصية الضبط في النظام العام الاقتصادي الذي يبرر تجاوز الاختصاص والدور التقليدي للقاضي⁽¹⁾.

¹- «... spécificité de la régulation de l'ordre public économique confiée aux autorités administrative indépendante la mission de régulation de l'ordre économique justifie l'exercice d'une contrainte renforcée sur le contrat qui dépasse la compétence traditionnelle du juge. Ces autorités de régulation obéissent à une démarche d'analyse d'ordre économique, dictée par l'intérêt général...» Mervieu (M), les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats, thèse de doctorat, université panthéon, ASSAS (Paris II), Dalloz, 2012.

ويرى البعض أن الاختصاص الأصيل في الفصل في النزاعات، يعود أمره للقاضي، لكن هذه الفكرة قد تطورت من خلال اللجوء إلى وسائل بديلة منها التحكيم والوساطة والصلح، لكن هذا لم يمنع المشرع من منح بعض السلطات صلاحيات قضائية في الأصل بداعي أنها سلطات ضابطة لقطاعات واسعة في المجال المالي والاقتصادي والخدمات.

ويأتي هذا التحول بسبب محدودية دور القضاء في هذه المجالات، ومن جهة أخرى نظرا للطابع شبه التقني والمتخصص للقطاعات المضبوطة، والتي يعجز القاضي عن مسايرتها وخاصة قطاع الخدمات.

مما أصبح يحتم ضرورة منح صلاحيات واسعة لسلطات الضبط الإدارية في التدخل في مجال الخدمات، لتقرير الحماية القانونية اللازمة في العقود التي يبرمها، كما هو الحال في عقود الخدمات البنكية، وعقود خدمات الاتصال، ونظرا لهذه الحاجة وما تتميز به هذه العقود من التقنية والتشابك، فإن السلطات الإدارية وبفعل خبرتها ستكون فاعلا قويا في تعزيز الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات، كما هو الحال بالنسبة لمؤسسة والي بنك المغرب بالنسبة لعقود خدمات الائتمان (المطلب الأول)، وكذا دور الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات في ضبط عقود خدمات الاتصال والهيئة المستقلة لمراقبة قطاع التأمين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور بنك المغرب في إقرار المسؤولية

التأدية للبنوك

نظرا لكون مؤسسات الائتمان سواء كانت بنوكا تجارية أو مؤسسات تمويلية، تقوم بحكم طبيعة أنشطتها بتقديم مجموعة من الخدمات إلى الجمهور، أو كما سماهم القانون البنكي "عملاء أو زبناء" وغالبية هؤلاء الأشخاص هو مستهلكون.

وعادة في خضم مختلف التعاقدات أو التصرفات المبرمة بين هذه المؤسسات والمستهلكين، ما تعرف اختلالات ومن شأنها التأثير سلبا على مصالح المستهلكين جراء التعسفات البنكية أو خروقات وغيرها⁽¹⁾.

وبما أن مؤسسات الائتمان تعتبر أشخاصا اعتبارية تتميز بقوة اقتصادية وقفية وقانونية، تمنحها مركزا قويا في العلاقات التعاقدية التي تجريها مع المستهلكين باعتبارهم كطرف ضعيف، ونظرا لخصوصية المجال المصرفي والمالي، فقد عمل

¹ - يوسف الزوجال، حماية المستهلك في العقود التجارية، مرجع سابق، ص 348.

المشرع المغربي وكغيره من المشرعين بإحداث مؤسسة خاصة تتكلف بضبط المجال المالي لهذه المؤسسات المتعاقدة مع المستهلكين، والسهر على سلامة وأمن النظام التعاقدي البنكي من خلال السهر على احترام قواعد الحذر البنكي، والتأكد من تطابق العمليات البنكية مع النظام المالي والقانوني المعمول به، وبطبيعة الحال يؤدي ذلك أيضا إلى حماية العملاء والمودعين من أجل بعث الاطمئنان لديهم بالوفاء في كل وقت بديونهم، وتتمثل هذه المؤسسة في بنك المغرب⁽¹⁾، وقد أسند القانون لهذه المؤسسة إضافة إلى المهام الكبرى التي تهم رقابة النظام المالي، أو ما يسمى بالدور الرقابي الاحترازي في علاقاتها بالبنوك لحماية التوازن المالي الوطني، مهمة حماية المستهلكين الذين يتعاقدون مع البنوك، باعتبارهم موردين للخدمات بنكية، حيث ونظرا للتخصص والخبرة الذي يمتاز به بنك المغرب، فقد أسندت له مهام حماية المستهلك، من خلال الصلاحيات الممنوحة له بإقرار المسؤولية التأديبية ضد مؤسسات الائتمان، في حالة مخالفة القوانين الجاري بها، وخاصة تلك التي يتضرر منها المستهلك، وهو دور مهم منحه القانون لضمان الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات البنكية خاصة في حالة امتناع البنك عن فتح الحساب البنكي (الفقرة الأولى) أو حالة تجاوز السعر الأقصى للفائدة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إقرار مسؤولية البنك الممتنع عن فتح الحساب البنكي

نظرا لما أصبحت عليه خدمة فتح الحساب من أهمية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للمستهلك، وذلك في ظل نهج سياسة أبنك المجتمع، التي تنهجها الدولة⁽²⁾، وتساعدها الأبنك عن طريق الدفع بأفراد المجتمع إلى امتلاك الحسابات البنكية، وذلك عن طريق الدعاية الإعلامية، غير أن حق المستهلك في التوفر على حساب بنكي أو عدمه، يقابله في ذلك حرية المؤسسة في قبوله كزبون لها، وقد يتسبب ذلك للزبون في

¹ - عرفتها المادة 1 من القانون 76.03 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب بما يلي: " يعتبر بنك المغرب المحدث بموجب الظهير الشريف رقم 1.59.233 بتاريخ 23 من ذي الحجة 1378 (30 يونيو 1959) المشار إليه فيما بعد بالبنك شخصا معنويا عموميا يتمتع بالاستقلال المالي يحدد موضوعه ومهامه وعملياته وكذا كفاءات إدارته وتسييره ومراقبته بمقتضى هذا القانون وكذا النصوص المتخذة لتطبيقه".

² - محمد جنكل، المسؤولية البنكية على ضوء القانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 84.

أضرار مما يثير نوعاً من الاستغراب، على اعتبار أن البنك حر في ذلك ويحق له اختيار زبائنه على مقاسه، وضمناً لحق المستهلك في الاستفادة من خدمة الحساب البنكي، فقد نصت المادة 150 من القانون البنكي⁽¹⁾: "على أنه يجوز لكل شخص لا يتوفر على حساب تحت الطلب، ورفض له فتح هذا الحساب من لدن البنك أو عدة بنوك، بعد طلبه ذلك في رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالتوصل، أن يلتمس من بنك المغرب تعيين مؤسسة ائتمان يمكن أن يفتح الحساب المذكور لديها، وإذا تبين لبنك المغرب أن الرفض لا مبرر له عين مؤسسة الائتمان التي سيفتح لديها الحساب، ويجوز لهذه الأخيرة أن تحصر الخدمات المرتبطة بفتح الحساب في عمليات الصندوق".

وهكذا نجد أن بنك المغرب يشكل ضماناً مؤسساتية إدارية، لاستفادة المستهلكين من الخدمة البنكية، وخاصة فتح الحساب، وتعتبر عملية فتح الحساب من الخدمات البنكية المقدمة إلى المستهلك بشكل مجاني، إضافة إلى مجموعة من الخدمات البنكية التي حددتها الدورية الصادرة عن والي بنك المغرب في فصلها الأول، والمتمثلة في منح دفتر الشيكات وفتح حساب على الدفتر، وتوطين الأجر، وخدمة طلب شهادة كشف الحساب وخدمة إيداع مبلغ مالي وخدمة السحب عن طريق البطاقة البنكية⁽²⁾.

الفقرة الثانية: تجاوز السعر الأقصى للفائدة من طرف مؤسسات الائتمان

بالرجوع إلى القانون رقم 12-103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، نجد أن المشرع المغربي قد خول بنك المغرب إقرار مجموعة من الجزاءات التأديبية، في حالة مخالفة مؤسسات الائتمان للضوابط المنصوص عليها قانوناً والمرتبطة بمعاملاتها وتعاقداتها مع المستهلك.

وتتمثل هذه العقوبات في الحالة المنصوص عليها في المادة 154 والمتعلقة بمسألة تنظيم سعر الفائدة، وذلك بعقوبة مالية يوقعها بنك المغرب في حالة عدم التقيد بأحكام المادة 154

¹ - المادة 150 من القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها.

² - دورية والي بنك المغرب بتاريخ 3 ماي 2010 تحت رقم G/1/10 ، طبقاً لقرار لجنة مؤسسات القروض المنعقدة بتاريخ 6 أبريل 2010.

أعلاه تساوي على الأكثر خمس رأس المال الأدنى المطبق عليها، بصرف النظر عن التحذير أو الإنذار المنصوص عليهما في المادتين 85 و88 أعلاه⁽¹⁾.

ويؤهل بنك المغرب في هذه الحالة بتوقيع العقوبة على المؤسسة المعنية عن طريق اقتطاع المبالغ المطابقة للعقوبة المالية من مؤسسات الائتمان لهذا البنك، وفي حالة عدم توفرها في هذا الحساب، تقوم هذه المؤسسات بدفع تلك المبالغ المشار إليها بشبابيك بنك المغرب، وإن لم تدفع المبالغ المذكورة، قامت الخزينة العامة بتحصيلها على أساس أمر بالمدخيل يصدره الوزير المكلف بالمالية أو أي شخص ينتدبه لهذا الغرض، وذلك وفق الشروط المنصوص عليها في القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية⁽²⁾.

كما يجوز لبنك المغرب أن يوقع جزاءات تأديبية على مؤسسة الائتمان المخالفة، فيوجه لها إنذارا بضرورة التقيد بأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه، وكذا تحذيرا لإبداء إيضاحاتها حول ما لوحظ عليها من مآخذ⁽³⁾، جاز لوالي بنك المغرب القيام بما يلي بعد استطلاع رأي اللجنة التأديبية لمؤسسات الائتمان⁽⁴⁾:

- توقيف واحد أو أكثر من المسيرين
- المنع أو الحد من القيام ببعض العمليات من قبل مؤسسات الائتمان
- تعيين مدير مؤقت
- سحب الاعتماد.

ويمارس بنك المغرب سلطة سحب الاعتماد غالبا كجزاء تأديبي في حق البنك المخالف، والذي لم يلتزم بإحدى أو كل الشروط اللازم احترامها الموضوعة من قبل الأجهزة المكلفة داخل البنك المركزي، بحيث يقوم الوالي بإصدار مثل هذه العقوبة في الحالات المنصوص عليها في المادة 143 من القانون البنكي⁽⁵⁾، كما يجوز لبنك المغرب

¹ - المادة 173 من القانون 12-103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها.

² - المادة 175 من القانون 03-112 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها.

³ - حسنة الرحموني، مرجع سابق، ص 203.

⁴ - المادة 178 من القانون 03-112 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها.

⁵ - يوسف الزوجال، حماية المستهلك في العقود التجارية، مرجع سابق، ص 353.

نشره بالجريدة الرسمية ويترتب على ذلك التشطيب على المؤسسة البنكية من قائمة المؤسسات الانتمائية المعتمدة.

وقد أعطى المشرع الإمكانية للمستهلك المتضرر من خرق مقتضيات القانون البنكي من طرف مؤسسات الائتمان، اللجوء إلى بنك المغرب لإصلاح هذا الضرر.

ولهذه الغاية يجوز لبنك المغرب أن يقوم بمراقبة في عين المكان أو يطلب من المؤسسة المعنية، موافاته داخل آجال يحددها بجميع الوثائق والمعلومات التي يعتبرها ضرورية لبحث الطلبات المذكورة⁽¹⁾، وفي حالة ثبوت الخرق القانوني يؤهل بنك المغرب طبقا للمادة 173 بإقرار عقوبة مالية.

خلاصة القول إن منح المشرع المغربي صلاحية التدخل لبنك المغرب في ضبط عمليات الائتمان التي تقوم بها البنوك في علاقاتها مع المستهلكين، يشكل ضمانا إدارية مهمة تساهم في تحقيق الأمن التعاقدي خاصة وأن مؤسسة بنك المغرب كمؤسسة متخصصة في المجال ولها سلطة ضبط ورقابة قوية على مؤسسات الائتمان وقادرة على إقرار المسؤولية التأديبية في حق هذه المؤسسات، كما أن تدخله التلقائي في تنظيم المجال التعاقدي البنكي يقدم حماية وقائية لمستهلكي الخدمات البنكية.

المطلب الثاني: دور الهيئة المستقلة لمراقبة قطاع التأمين والوكالة الوطنية

لتقنين المواصلات

تلعب الهيئة المستقلة دورا مهما في رقابة شركات التأمين، وضبط عقود خدمات التأمين (الفقرة الأولى) كما تتولى الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات حماية مستهلكي خدمات الاتصال (الفقرة الثانية).

¹ - المادة 159 من القانون 103.12 المشار إليه سابقا.

الفقرة الأولى: الهيئة المستقلة لمراقبة قطاع التأمين

يعرف نشاط التأمين حرصا من جانب الإدارة لتوجيه العقد نحو ضمان الوفاء بالالتزامات التعاقدية، يتجلى ذلك من خلال الرقابة المستمرة على ممارسي نشاط التأمين ضمن فترة نشاطهم⁽¹⁾.

وهكذا تتولى الدولة مراقبة قطاع التأمين، على عدة مستويات عبر مختلف الأجهزة التنفيذية، من بينها وزارة المالية سابقا، والهيئة المستقلة لمراقبة قطاع التأمين حاليا⁽²⁾، باعتبارها الجهة الوصية على قطاع التأمين، وتلعب دورا مهما في حماية مستهلكي خدمة التأمين بحكم اختصاصها، إذ حلت هذه الهيئة مكان مديرية التأمينات والاحتياط الاجتماعي.

وعليه تختص الهيئة المستقلة لمراقبة قطاع التأمين بتنظيم قطاع التأمينات والتقاعد، عبر وضع القواعد القانونية والشروط اللازمة لمزاولة نشاط التأمين، وإعادة التأمين، كما يدخل في طلب صلاحياتها إجراء المراقبة والافتحاص، لذلك فالقانون يمنحها الحق في إقرار الجزاءات المناسبة، حسب درجة المخالفات المرتكبة من توجيه الإنذارات مرورا إلى سحب الرخصة مؤقتا أو نهائيا، وكذلك فرض غرامات مالية.

فمن مصلحة المستهلك كطرف ضعيف باعتباره المؤمن له المكتتب أو المستفيد، تقوم الوزارة بإجراء مراقبة نشاط مقاولات التأمين في جميع المراحل من خلال إجبارهم على إرسال نماذج من عقود التأمين التي تصدرها⁽³⁾.

كما يسوغ للوزارة أن ترتب كجزاء عن عدم مراعاة مقاولات التأمين لقراراتها بشأن إلغاء الشروط التعسفية بعد تحذيرها، سحب الاعتماد من هذه الأخيرة، حيث تنص المادة 265 من مدونة على أنه: "بصرف النظر عن حالات سحب الاعتماد المنصوص

¹ - فارح عائشة، ضبط نشاط التأمين في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة تيزي وزو 2017/2018 ص 203.

² - حيث صادقت السلطة الحكومية على القانون 64-12 الذي يقضي بإحداث الهيئة المستقلة لمراقبة قطاع التأمين، فالهيئة الجديدة ستكون مستأثرة بجميع الصلاحيات التي كانت مخولة قانونا لسابقتها، وتم إعداد مشروع مرسوم تطبيقي لبعض مقتضياته الذي لا يزال قيد الدراسة والمناقشة في قبة البرلمان.

³ - المادة 243 من مدونة التأمينات.

عليه في المادة 258 أعلاه يمكن للإدارة ان تسحب جزئيا أو كليا الاعتماد من مقالة للتأمين وإعادة التأمين:

- إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك
- كانت المقالة لا تسير وفقا للنصوص التشريعية الجاري بها العمل
- رفضت المقالة اكتتاب تأمين على أخطار العربات المنصوص عليه في المادة 128 من هذا القانون.

كانت المقالة لا تستوفي الضمانات المالية المنصوص عليها في القسم الخامس من هذا الكتاب".

كما أن الهيئة تتولى السهر على احترام حقوق المؤمن لهم والمستفيدين من عقود التأمين، والمنخرطين في أنظمة الاحتياط الاجتماعي، وذوي حقوقهم مع دراسة شكاياتهم⁽¹⁾.

وهكذا نجد أن المشرع المغربي لم يكتفي بالحماية القضائية للمستهلكين في عقود خدمات التأمين، وذلك لضمان توازن عقد التأمين، في سبيل تحقيق الحماية القانونية غير المباشرة المنشودة للمستهلك، وإنما أوكل هذه الحماية في إطار الرقابة الاحترازية لهيئات إدارية وذات طابع تنفيذي، يدخل في إطار برامجها الاهتمام بقضايا الاستهلاك في إطار حماية النظام العام الاقتصادي، من بوابة الرقابة الاحترازية والوقائية لقطاع التأمين، حيث أن الأمن التعاقدي لمستهلكي خدمة التأمين ليس شأن خاص بهم فقط كأطراف متعاقدة، وإنما هو شأن الدولة كلما نظر لتأثيره الاقتصادي والاجتماعي.

الفقرة الثانية: دور الوكالة الوطنية لتقنين الاتصال في ضبط عقود توريد خدمات الاتصال.

لقد أسفر التطور التكنولوجي الحديث في مجال الاتصالات، وما حققه من سرعة ودقة في العقود، لاسيما التطور الهائل في مجال الخدمة الهاتفية الذي أسهم في دخول هذه الخدمة في مختلف مجالات الحياة اليومية للأفراد والمستهلكين، الأمر الذي أثر على الطريقة التي تتم بها المعاملات سواء من حيث الاتفاق المنشئ لها، أو من حيث طريقة

¹ - يوسف الزوجال: المنظومة الحماية للمستهلك في عقود الخدمات- عقد التأمين نموذجا، مرجع سابق، ص 249.

الوفاء بالالتزامات القانونية المترتبة عليه¹، لأن حاجة المستهلك لخدمة الاتصال تدفعه إلى التعاقد مع محترف يمتن تقديم هذه الخدمة، تلك الحاجة التي أصبحت من الضروريات التي لا غنى عنها وبالتالي يخضع لشروط مجحفة بحقه، الأمر الذي قد يؤدي إلى حدوث نزاعات ومشاكل خاصة تتعلق بهذه المعاملات العقدية غير المتكافئة، ولا تقف المشاكل عند هذا الحد بل تتسع وتمتد لتشمل ما تسببه هذه الخدمة من أضرار صحية وبيئية ناتجة عن الإشعاعات والتي تحدث ضررا للمستهلك.

فضلا عن المشاكل الأخرى التي تظهر عند تنفيذ العقد خاصة سوء الخدمة المقدمة من طرف شركات الاتصال إزاء المستهلكين.

وإذا كان المشرع المغربي لم ينظم العلاقة بين متعهدي الشبكة العامة للاتصالات وزبائنهم المستخدمين، لكنه نظم الشروط العامة لاستغلال الشبكات العامة للاتصالات والتي فرض على أن تتم وفق شروط المنافسة المشروعة طبقا للنصوص التشريعية الجاري بها العمل، أو إن لم توجد فوفقا للأعراف المقبولة دوليا في مجال الاتصالات بشكل يضمن استعمالا جيدا للمستخدمين².

وقد أولى المشرع المغربي مهمة ضبط قطاع الاتصالات للوكالة الوطنية لتقنين الاتصالات، وهي مؤسسة عمومية مكلفة بتنظيم وتقنين قطاع المواصلات إضافة إلى المهام التقنية والاقتصادية والممثلة بالسهر على التنظيم التقني للقطاع حيث تقوم بإعداد المعايير في هذا الإطار تتولى على الخصوص:

- تحديد المواصفات التقنية والإدارية للموافقة على المعدات الطرفية والتجهيزات الراديوكهربائية، المخصصة بالشبكات العامة للمواصلات ومراقبة جودة الخدمات وتتبع التزامات المشغلين في مجال التغطية الترابية،

¹ - صدام برن رحيمة الساعدي، الحماية المدنية لمستخدمي شبكة الهواتف النقالة، مرجع سابق، ص 11.

² - أحدثت الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات بمقتضى قانون 96-24 المتعلق بالبريد والمواصلات، كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 55-01 الذي رسم الخطوط العامة لإعادة تنظيم الاتصال.

والسهر على احترام المنافسة النزيهة داخل القطاع، والفصل في النزاعات بين المتعهدين.

- مراقبة قطاع الاتصالات بالمغرب من خلال عملية التنافس السائدة بين الفاعلين الاقتصاديين، والمتعهدين المرخص لهم قانونا لتزويد المستهلك بالخدمات المتعلقة بالإنترنت في شبكة الهاتف الثابت، أو النقال أو الربط بالإنترنت، حيث تسهر على تحديد الأئمة المعروضة من لدنهم بالنظر في مدى تطابقها مع المعايير الموضوعة بشكل دقيق¹.

وإذا كان تدخل هذه المؤسسة يمر عبر عدة محطات قبلية وبعدية لفائدة المستهلك ، فإن أمور أخرى تترك الانطباع بأنها غير قادرة على فرض السيطرة على بعض الجوانب المضرة به، خصوصا في المجال التعاقدى، حيث يغلب على اختصاصها طابع ضبط المنافسة وتنظيم السوق وتوفير خدمة الاتصال كسياسة عمومية² على حماية المستهلك، فهي لم تكن لها صلاحيات تقرير الجزاء على موردي الاتصالات، بخلاف بنك المغرب والهيئة المستقلة لمراقبة قطاع التأمين، وحبذا لو تم تطوير اختصاص الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات بما يساعد على حماية المستهلكين المشتركين، خاصة مع تزايد عدد المستهلكين الذين أصبحوا تربطهم ملايين عقود الاشتراك مع المستهلكين.

لذا ينبغي وضع ضوابط قانونية، وإحاطة الموضوع بالتنظيم القانوني اللازم، وإيجاد نوع من التوازن بين مصلحة مستهلكي خدمات الاتصال ومصلحة المهنيين مقدمي هذه الخدمات في شركة الاتصالات، وهما مصلحتين غير متكافئتين حيث مصلحة مقدم الخدمة، والمتمثلة فيما يجعله طرف قوي في العلاقة العقدية ومصلحة المستهلكين الأشخاص المشتركين والمستخدمين لخدمات الاتصال³، لهذا على المشرع التوفيق بين

¹ - يوسف الزوجال، حماية المستهلك في العقود التجارية، مرجع سابق، ص 368.

² - تتميز وظيفة الضبط بطابعها التقني، ففي سوق الاتصالات مثلا تتولى الوكالة صلاحية السلطة العمومية في مجال رقابة الاتصالات، حيث تسهر الدولة على ضمان مبادئ المرفق العام في هذا القطاع من خلال تحقيق استمرارية وانتظام الخدمات المقدمة للجمهور وتوفير خدمات مطابقة للأحكام القانونية والتنظيمية للخدمة العامة، واحترام الأداب العامة.

³ - ثافان عبد العزيز رضا، مرجع سابق، ص 11.

هاتين المصلحتين أي تنظيم حقوق والتزامات أطراف العقد من المشتركين بالخدمة ومستخدميها المستهلكين وهم الغالبية العظمى، وبالنظر لكون مقدم الخدمة المهني قادر على الدفاع عن حقوقه وله كامل السيطرة الفنية على الخدمة وعلى العقد، فإن المشرع عليه التدخل لتقوية حماية المستهلكين المشتركين من تعسف مقدمي خدمات الاتصال، والبدء بتوسيع الصلاحيات التقريرية في قطاع الاتصال، خاصة وأن مجال الاتصال مجال تقني محض، مما يقتضي وتقوية للأمن التعاقدية لمستهلكي خدمة الاتصال توسيع صلاحيات الوكالة الوطنية لتقنين الاتصالات، بما يجعل من اختصاصها مراقبة عقود الاشتراك، هذه الأخيرة التي يغلب عليها الطابع التعسفي.

ونخلص في هذا المبحث إلى أن وظيفة الضبط التي تقوم بها السلطات الإدارية المستقلة، تشكل ضماناً حقيقية لحماية المستهلكين في عقود الخدمات، لأن الجزاءات المصاحبة لهذه المجالات الخاضعة لسلطات الضبط، إنما هو يناقض ويخرق الجزاء المعلوم في القواعد العامة¹، وذلك بمبرر أن الغاية في العصر الحالي أصبح الحديث عن فعالية الجزاء بالدرجة الأولى وليس البحث عن توقيع الجزاء كأصل، وهذا لأن توقيع الجزاء من السلطات الضابطة إنما هو بحث عن تكييف أفضل للقواعد من أجل إيجاد الفعالية المناسبة للجزاء، عكس ما هو معلوم في القواعد العامة عند خرق قاعدة من قواعد النظام العام التوجيهي، حيث ينبنى الجزاء على بطلان وإنهاء العقد، وهذا لا يخدم المستهلك الذي يبحث عن استمرار العقد نظراً لحاجاته للخدمة.

كما أن السلطة الإدارية هي الأدرى بشؤون قطاعها ولها سلطة قانونية للتنظيم والضبط، فقد توجد أمور تقنية واقتصادية لا يسعها البطلان المطلق وليس لمستهلكي الخدمة قدرة على مواجهتها، بل يمكن إيجاد حل ملائم لتلك الوضعية القانونية والتعاقدية، يعزز من فرص تقوية الأمن التعاقدية لمستهلكي الخدمات، الذي أصبح مطلباً من مطالب السياسة العمومية.

¹ - بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون المدني، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2018/2019، ص 405.

خاتمة

في ختام هذه الدراسة نخلص إلى أن الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات، هو مفهوم نسبي وغير محدد نظرا لحداثه، لكن يمكن أن نقول بصده أنه مجموعة من التدابير القانونية الموضوعية والإجرائية والمؤسسية التي تستهدف حماية مستهلك الخدمة في مختلف مراحل التعاقد الاستهلاكي.

وبناء عليه فإن الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات هو نتاج فعالية التدابير الحمائية التي سنّها المشرع المغربي لفائدة هذه الفئة من المستهلكين، نظرا لوزنها الاقتصادي بموجب مختلف قواعد حماية المستهلك الخاصة والعامة، أي سواء تلك الواردة في القواعد العامة المضمنة بقانون الالتزامات والعقود، أو تلك التي جاءت بها القواعد الخاصة بتدابير حماية المستهلك المنصوص عليها في القانون 31-08 وغيرها من المقتضيات الواردة في بعض القوانين الأخرى كالقانون البنكي ومدونة التأمينات....إلخ.

وبناء عليه نقول بأن تحقيق الأمن التعاقدي لمستهلك الخدمة كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية يبقى هدفا نسبيا، وأن ما يمكن العمل عليه والطموح إليه بتطوير القاعدة القانونية هو البحث عن سبل لايجاده، ونجاح هذه العملية رهين بالحفاظ على مستلزماته وتفعيل ضماناته مع توفير اليات قانونية تساعد على تجاوز أو التخفيف من بعض العراقيل الموضوعية من بينها:

- واقع تعاقد متسم بعدم التكافؤ وعدم المساواة، نتيجة للتفاوت بين مركز مستهلك الخدمة المتعاقد ومركز المورد المهني ، هذا الأخير الذي يمتلك سلطة اقتصادية ومالية وفنية ، ولملم بظروف التعاقد وصناعة العقود والترويج لها، في مقابل مستهلك الخدمة الذي يتميز بالضعف على مختلف الأصعدة الاقتصادية والمالية والتقنية وحتى النفسية.
- الحاجة الضرورية والملحة للخدمة من طرف المستهلك

- جهل مستهلك الخدمة بموضوع الخدمة او بالقانون نتيجة تعاقدته خارج اختصاصه
- الأساليب المعقدة في تسويق الخدمة وصعوبة او استحالة فهم الوثائق العقدية اما لأسباب ترجع للمستهلك او بسبب سوء صياغة العقد
- عدم منح الوقت الكافي لمستهلك الخدمة ليتسنى له الاطلاع على شروط العقد المفروضة من طرف المهني مورد الخدمة
- الهيمنة الكاملة للمورد على انتاج العقد من خلال انتشار الشروط النموذجية في العقود نتيجة التحرير الأحادي للعقد
- اعتقاد مستهلك الخدمة بصفة خاطئة بقانونية وشرعية هذه الشروط وبكونها موحدة في السوق
- ظهور اشكال جديدة للتعاقد. وخاصة التعاقد عن بعد

وفي ظل هذه المعادلة المعقدة كان لابد من التفكير من طرف المشرع المغربي بإحداث آليات لتدبير التفاوت في إطار نوع من التوازن، تحمي مستهلكي الخدمات كأطراف ضعيفة وتحافظ على أمنهم التعاقدية وتضمن استمرارية نشاط المورد كمقابلة للإنتاج والتوزيع .

وهكذا رصدنا مجموعة من المؤشرات المؤسسة للأمن التعاقدية لمستهلكي الخدمات بصور قانون تدابير حماية المستهلك ومنها:

- مؤشر شمول مستهلكي الخدمات بالحماية من خلال جعل عقد تقديم الخدمات مشمول بمختلف الآليات الحمائية المنصوص عليها في قانون تدابير حماية المستهلك، إلى جانب مستهلك طرف في عقد بيع السلع .
- مؤشر حماية الإرادة التعاقدية لمستهلكي الخدمات تبلورت في إلزام موردي الخدمات في إعلام نزيه، وذلك من خلال الإقرار التشريعي للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد والتعاقد، وكذا حظر جميع الإشهارات التجارية الخادعة والمضللة، وإقرار حق المستهلك في العدول أو التراجع.

- مؤشر ضمان التوازن العقدي: من خلال تبني نظرية البنود التعسفية وما ترتب عنها من آثار إيجابية في حماية مستهلكي الخدمات من تعسف المورد المهني وانفراده بإعداد عقد الخدمة الاستهلاكي، من خلال التعامل المباشر مع البنود التعسفية الواردة به، وتقرير السلطة الواسعة للقضاء لتقدير تعسفية البنود وإمكانية إبطالها تلقائيا لكونها من النظام العام.
- مؤشر حماية المستهلك في حالة وجود ظروف طارئة بالنسبة لمستهلكي الخدمات البنكية (خدمة القرض نموذجاً)، والتي تجعله غير قادر على الوفاء بالأقساط ضماناً مهمة للأمن التعاقدية ومظهر من مظاهر التعاون العقدي من خلال الإقرار القانوني بمنح مستهلكي خدمة القرض آلية الإهمال القضائي.
- مؤشر تقوية مركز مستهلك الخدمة في النزاع العقدي: تقرير قاعدة تأويل العقد من طرف القضاء لفائدة مستهلك الخدمة، وقلب عبئ إثبات تعسفية بند أو عدة بنود واردة في عقد خدمة استهلاكي لفائدة المستهلك أو من يمثله من الجمعيات، من خلال إلزام المورد مقدم الخدمة بالإثبات.
- مؤشر ضمان حق التمثيلية: من خلال منح جمعيات حماية المستهلك صلاحية الدفاع عن المصالح الفردية والجماعية لمستهلكي الخدمات بتنظيم مجموعة من الدعاوى بموجب القانون 08.31.
- حسم مسألة الاختصاص النوعي والمحلي ضماناً لقرب المستهلك من محكمته وتقديراً لطول الإجراءات، بصدور أحكام بعدم الاختصاص بعد استغراق وقت طويل.
- مؤشر تطوير نظام المسؤولية في المجال الاستهلاكي بما يلائم نجاعة وفعالية الجراء وبما يساعد على تحقيق الأمن التعاقدية لمستهلكي الخدمة من خلال المقترضات التالية:
- إبطال البند أو البنود التعسفية غير المشروعة مع ضمان استمرار عقد الخدمة الذي يتضمنه إذا كان في صالح المستهلك وخاصة في ظل حاجة المستهلك للخدمة.

- التنصيص على كون الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية سواء بالتخفيف او بالإعفاء والمتضمنة بعقود الاستهلاك تشكل بنودا تعسفية.
 - تشديد المسؤولية من خلال استحداث المسؤولية الجزرية في مجال مخالفة قواعد التعاقد الاستهلاكي آلية مهمة لتعزيز الأمن التعاقدي، وما ترتب عنها من إجراءات تضمن نجاعة و فعالية الجزاء: إقرار العقوبات المالية من خلال فرض الغرامات وكذا الحكم بالغرامات التهديدية لضمان التنفيذ مع إمكانية نشر أحكام بالإدانة قضائيا.
- هذه المؤشرات والتي من شأنها تعزيز الأمن التعاقدي تحتاج إلى تطوير، وذلك بمعالجة بعض الثغرات القانونية التي تعيق تطور الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات، لذلك نوصي بما يلي:

- على مستوى ضمان حق مستهلك الخدمة في الالتزام بالإعلام، فإنه يجب التنصيص على إلقاء عبئ إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام على عاتق مورد الخدمة بنص صريح على غرار القانون الفرنسي، لأن من شأن هذا المقتضى أن يجعل موردي الخدمات يحرصون على تنفيذ هذا الالتزام مع اقرار من جزاء زجري ناجع .
- تفعيل الرقابة الوقائية على الممارسات الاشهارية غير النزيهة والاستغرافية حماية للمستهلك من الدعاية الخادعة .
- على مستوى ضمانات التوازن العقدي، ضرورة إحداث لجنة للشروط التعسفية يجسد مسلك تشريعي يشجع على تعدد سلطات الرقابة، كما أنه سيشكل ضمانة حقيقية لتفعيل الرقابة الفعلية على الشروط التعسفية من طرف الإدارة ، وذلك بخلق وسائل وقائية للمستهلك، وعدم الاقتصار على الوسائل العلاجية، حيث أن دور لجنة الشروط التعسفية في القانون المقارن تقوم بدور تنقيبي ووقائي واستشاري للقضاء، وعدم الاكتفاء بآلية النظام العام.
- ضرورة التدخل التشريعي على مستوى بعض عقود الخدمات بالتنظيم القانوني نظرا لما أصبحت تعرفه من مظاهر التعسف والاختلال العقدي والتي تعاني

منها فئة عريضة من المستهلكين وتعتبر من الخدمات الإلزامية الأساسية كما هو الحال بالنسبة للخدمات الصحية المقدمة من طرف المصحات الخاصة فيما يخص أسعار الخدمات وكذا شروط الولوج للخدمة.

- بخصوص خدمة التعليم المقدمة من طرف المقاولات التعليمية الخاصة ضرورة وضع إطار خاص ينظم عقد خدمة التعليم بما يضمن توفير الخدمة للمستهلكين ويراعي مصالح مقدم الخدمة.

- بخصوص الخدمات الصحية المقدمة من طرف المصحات واشتراط شيك الضمان للمستهلكين واستغلال ضعفه المتمثلة في حاجته للعلاج وخاصة في حالة الثالث المؤدي يجب إقرار نص تشريعي يستثني من ارتكاب جنحة إصدار شيك للضمان في حالة وجود مستهلك لتشجيعه على اللجوء القضائي مع إدخال هذه الجرائم ضمن جرائم استغلال الضعف والجهل بنص خاص في التشريع المغربي.

- ضرورة تدخل الدولة بسن تشريعات تضبط عقود الخدمات الصحية المقدمة من طرف المصحات وخاصة مسألة تكوين أسعار الخدمات وكذا شروط الولوج للخدمة .

- على مستوى الدور القضائي ضرورة إقرار صلاحية القاضي من خلال التنصيص الصريح على التدخل الإيجابي للقاضي في النزاع العقدي الاستهلاكي خاصة الإثارة التلقائية للبنود التعسفية.
- على مستوى حق التمثيلية رفع قيود التقاضي الجماعي وذلك بمراجعة شرط المنفعة العامة والاكتفاء بالإذن الممنوح من طرف وزارة العدل مع التنصيص على أن تكون شروط الحصول على الإذن شروطا موضوعية ، كعدد المنخرطين فعليا ، حتى يتم تشجيع الجمعيات على العمل التأطيري للمستهلكين، مع إقرار حق الجمعيات في صلاحية رفع دعوى حذف البنود التعسفية كطرف أصلي دافعا عن المصالح الجماعية للمستهلكين، لتشجيع التدخل التلقائي

لجمعيات حماية المستهلك، على غرار المشرع الفرنسي والمصري لتقوية الرقابة السابقة على العقود، وكذا التنصيص على استفادة الجمعيات من التعويضات المحكوم بها لضمان استمرار نشاطها الدفاعي.

■ على مستوى المسؤولية ضرورة الرفع من العقوبات الزجرية المالية، حيث نرى ان غالبية الغرامات غير رادعة نظرا لضعف قيمتها، وخاصة في عقود الخدمات باعتبار أن موردي هذه الخدمات في الغالب هم شركات كبرى ذات أرقام معاملات مالية كبيرة ، كما هو الحال بالنسبة لموردي خدمات الاتصال والخدمات البنكية.

■ توسيع صلاحيات هيئات الضبط المستقلة وذلك بمنحها الصلاحية المباشرة في تقرير المسؤولية، لضمان حماية مستهلكي الخدمات، وتوسيع صلاحياتها الرقابية نظرا للإمكانيات التي تتوفر عليها القانونية والتقنية ، وبما يضمن حماية المستهلك في القطاع الذي تسهر على رقابته ، كما هو الحال في عقود الخدمات البنكية الائتمانية ، وعقود خدمات التأمين، وعقود خدمات الاتصال، حيث لازالت رهينة نظام قانوني يكرس الهيمنة المطلقة للمورد على العملية التعاقدية نظرا لطابعها التقني، كما أنها خدمات تتميز بطابعها التقني المعقد وتتطلب خبرة في المجال، وهو ما لا يتوفر عليه مستهلك هذه الخدمة، كما هو الحال بالنسبة لطريقة تكوين أسعار الخدمات المقدمة .

لائحة المراجع

*.الكتب:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبوعات جامعة الكويت، 1994.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، دار النهضة العربية، 1980.
- إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، مطبعة دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014.
- إبراهيم السيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدني بين القانونية المصري والفرنسي- دراسة مقارنة فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، مصر، 2003.
- أبو بكر مهم: حماية المستهلك المتعاقد، دراسة تحليلية معمقة في ضوء مستجدات القانون 31-08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك، دار الآفاق المغربية، 2017.
- احمد ادريوش، الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود، سلسلة المعارف القانونية 1996.
- أحمد العيساوي: الإعلان من منظور إسلامي، سلسلة كتاب الأمة، الطبعة الأولى، قطر، 1999.
- أحمد شوقي عبد الرحمن، قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها، المطبعة العربية الحديثة، 1977.
- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة 1994 .
- أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني- دراسة مقارنة، مطبعة جامعة طنطا، 2004.

- أكرم محمد التميمي، التنظيم القانوني للمهني في نطاق الأعمال التجارية- دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، بيروت، 2010.
- أماني جمال عبد المنعم عبد الوهاب، حماية المستهلك من وسائل الدعاية والإعلان في ضوء قواعد القانون المدني والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق، جامعة طنطا، 2010.
- أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2011.
- بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المتعاقد المستهلك، الطبعة الأولى، ماي 2008.
- الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دار الرسالة للطباعة والنشر، بغداد، 1975.
- جميلة عماري، دراسات وأبحاث مقارنة، مطبعة سليكي إخوان ، الطبعة 1، طنجة ، 2007.
- حسن حسين البراوي، التزام المؤمن بالأمانة في مرحلة إبرام العقد- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- حسن عبد الباسط جميعي: حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة 1996.
- حسن عبد الباسط جميعي، شروط التخفيف والإلغاء من ضمان العيوب الخفية- دراسة مقارنة، بدون ناشر 1993.
- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، دار الفكر العربي، 1997.
- حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفقه الإسلاميين رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، المكتب الفني للإصدارات القانونية 1999.

- خالد جمال أحمد سعد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، 1992.
- خالد موسى توني: الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات الخادعة ، دار النهضة، مصر. 2007.
- رأفت محمد أحمد حماد، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع- دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المطبعة التجارية الحديثة، 1990، دار النهضة العربية، القاهرة.
- رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- سارة وجدي عبده، الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان، مطبعة دار الجامعة الجديدة. 2020.
- سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد: دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والمغربي واللبناني والتونسي والتوجيهات الأوربي، مطبعة دار الجامعة الجديدة، 2018.
- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت- دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، 2008.
- سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان - دراسة فقهية مقارنة -، دار النهضة العربية، مصر، 1998.
- سليمان براك الجميلي: الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين عدد 14، شتبر 2005.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الأول والثاني، مطبعة السلام، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1988.
- شكري أحمد السباعي، نظرية بطلان العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود، الطبعة الأولى، الرباط، 1971.

- صدام برن رحيمة الساعدي، الحماية المدنية لمستخدمي شبكة الهواتف النقالة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ، 2017.
- الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، كلية الحقوق الاسكندرية، 2015.
- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2002.
- عبد الحق الصافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات العقد، الكتاب الأول، تكوين العقد ، 2006.
- عبد الحق الصافي، عقد البيع،/ دراسة في قانون الالتزامات والعقود والقوانين الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1998.
- عبد الحميد أخريف، عقود الاستهلاك، البيع في الموطن، التعاقد عن بعد، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مطبعة أميمة، فاس المغرب، 2006.
- عبد الحميد أخريف، محاضرات في قانون التنظيم القضائي محينة وفق إصلاحات 2011 مع صدور القوانين التالية: القانون رقم 35.10 المعدل لقانون المسطرة المدنية و القانون رقم 34.10 المعدل لظهير التنظيم القضائي. وكذا القانون رقم 42.10 المتعلق بقضاء القرب و قانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، السنة الجامعية 2011-2012.
- عبد الرحمان الشرقاوي: العقد السياحي، مطبعة دار أبي رقرق للطباعة والنشر. الطبعة الأولى، ، 2012، ص 205.
- عبد الرحمن الشرقاوي، القانون المدني، دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الجزء الأول " التصرف القانوني"، الطبعة الأولى، 2012.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بدون ذكر سنة الطبع.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، آثار الالتزام.
- عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي- دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة ، الطبعة الخامسة، 2003.
- عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2003.
- عبد العزيز توفيق: شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي معلقا عليه بأحكام محاكم النقض العربية إلى غاية 1995، الجزء الأول، المكتبة القانونية.
- عبد القادر العرعاري ، مصادر الالتزامات- الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة على ضوء النصوص التشريعية الجديدة، مطبعة الأمنية، الطبعة الرابعة، 2015.
- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات، الكتاب الأول: نظرية العقد، دراسة مقارنة على ضوء التعديلات الجديدة الواردة في القانون 31-08، المتعلق بحماية المستهلك، والقانون رقم 53-05 المتعلق بتبادل المعطيات القانونية، والقانون رقم 24-09 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات، الطبعة الرابعة.
- عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات، نظرية العقد، الطبعة الرابعة، دار الأمان، 2014.
- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة ، دار الأمان، الرباط، 2011.
- عبد الكريم عباد، حماية المستهلك في عقد التجارة الإلكترونية، مجلة الدفاع، العدد 6، 2015.
- عبد المنعم موسى ابراهيم: حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت لبنان، 2007.

- عبد المهيم حمزة: حماية المستهلك في القروض العقارية - مسألة الاختصاص والمهلة القضائية نموذجاً، سلسلة دراسات وأبحاث حماية المستهلك، العدد 4، الطبعة الأولى، 2021.
- العربي مياد، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي، دراسة مقارنة محينة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2018.
- علي سيد حسن ، الالتزامات بالسلامة في العقود- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1990.
- علي طوير، ضمانات التوازن العقدي للمستهلك، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، الطبعة الأولى، 2020.
- عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- فتحي والي: مبادئ قانون القضاء المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976.
- فؤاد الشعبي، التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصالات، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014.
- فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري المغربي الجديد، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 1999، ص 102.
- الكلابي حسين عبد الله، النظام العام العقدي، دراسة مقارنة، مطبعة دار السنهوري، الطبعة الأولى، 2016.
- كوثر سعيد عدنان خالد، عملية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2012.

- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، مصادر الالتزام، نشر دار القلم، بيروت، 1973.
- محمد إبراهيم الدسوقي: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، القاهرة 1996.
- محمد إبراهيم بنداري، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون الصادرة عن أكاديمية شرطة دبي، السنة الثامنة، العدد الأول، شوال 1420 يناير 2000.
- محمد أحمد عبد الحميد أحمد: الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2015.
- محمد الشرقاني، نظرية العقد: دراسة في ق.ل.ع وأحكام القضاء والتشريع المقارن، منشورات الجامعة المغربية، الطبعة الأولى، 1996.
- محمد المجدوبي الإدريسي، المحاكم التجارية بالمغرب، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرباط، بدون سنة النشر.
- محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني الإثبات الإلكتروني – المستهلك الإلكتروني، دار النهضة العربية الطبعة الأولى، مصر، 2008.
- محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية للعقد الإلكتروني – المستهلك الإلكتروني، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2011.
- محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، الكتاب الأول، الالتزامات بوجه عام، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثالثة، الدار البيضاء. 2013.
- محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2008.
- محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، في الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية، مطبعة جامعة القاهرة، الجزء الثاني، 1990.
- محمد جنكل، المسؤولية البنكية على ضوء القانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك، دراسة مقارنة بين التشريع المغربي والعمل القضائي الحديث، طبعة 2015.

- محمد حسام محمود لطفي، عقود خدمات المعلومات- دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة 1994.
- محمد حسن، التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة، الإسكندرية، 2005 .
- محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
- محمد لمعكشاوي، الوجيز في المساطر الخاصة بالاستعجال في قانون المسطرة المدنية، الطبعة الأولى، 2011.
- محمد محبوب، الغرامة التهديدية وتصفياتها في ضوء التشريع والقضاء في المغرب، مطبعة الأمنية، الطبعة الثانية، الرباط، 1414 هـ/1994.
- محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2001.
- المختار أحمد عطار، العقد الإلكتروني، مطبعة النجاح الجديدة، 2010 .
- المختار بن أحمد عطار، النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، 2011.
- مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك ، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مطبعة دار الجامعة الجديدة، 2010.
- مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2016.
- مصطفى الزبيدي، تاج العروس من جوهر القاموس، نشر دار مكتبة الحياة، بيروت .
- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2002.

- موسى عبود، تعليق على القرار رقم 96 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 فبراير 1962، مجلة القضاء والقانون، عدد 48- ، 49 أبريل 1962.
- نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، 2009.
- هانية محمد علي، عقبة الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية.
- وفاء حلمي أبو جميل، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، سنة 1993.
- ثافان عبد العزيز رضا، عقود الاشتراك في منظومة الاتصالات، منشورات زين الحقوقية، 2020.
- يوسف الزوجال، المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات، عقد التأمين نموذجاً، مطبعة دار الأمان، 2013.
- يوسف الزوجال، المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات، عقد التأمين نموذجاً، منشورات دار الأمان، الرباط، 2013.
- يوسف الزوجال، حماية المستهلك في العقود التجارية-دراسة على ضوء قانون 31.08 حصيلة وآفاق، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2020 .

*. الأطروحات والرسائل

- الأطروحات

- إبراهيم أحمد سعود زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة عين شمس .كلية الحقوق، 2006 .
- بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون المدني، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2019/2018.
- بوشتي زياني، الحماية القضائية من الشروط التعسفية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم لقانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 1999-2000.
- الرحموني حسنة، الشروط التعسفية في عقد القرض الاستهلاكي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، اكدال، الرباط، السنة الجامعية 2012-2011.
- رشيد بنفريجة، خصوصية التجريم والعقاب في القانون الجنائي للأعمال، جرائم الشركات التجارية نمودجا، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، السنة الجامعية 2017/2016.
- زيد قدرى الترجمان، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في حق الملكية العقارية أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، الرباط، السنة الجامعية، 1980-1981، ص 152.
- سعدون ياسين: أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الوضعي، جامعة مولود معمري .كلية الحقوق والعلوم السياسية، ، تيزي وزو- السنة الجامعية 2018-2017.

- سعدون ياسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الوضعي، القانون الخاص الداخلي، نوقشت بكلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، جامعة مولود معمري السنة الجامعية 2018/2017.
- سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر، 2016.
- شريف سيد كامل، "المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، دار النهضة العربية، القاهرة 1997.
- عبد الهادي نجار: دور القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2009 - 2010 .
- عبد الهادي نجار، دور القاضي في تعديل العقد - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2009-2010.
- العربي مياد، إشكالية التراضي في عقود الإذعان، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2001-2000.
- العربي مياد، إشكالية التراضي في عقود الإذعان، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، الجزء الثاني، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، 2000-2001.
- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في علوم القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014-2015.

- علي خوجة خيرة، الضمانات القانونية لتعويض المستهلك عن الإضرار بسلامته في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة، السنة الجامعية 2015-2016.
- عمر قريوح، الحماية القانونية للمستهلك، القرض الاستهلاكي نموذجا، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية: 2006-2007.
- غيته ذكراوي، الشرط التعسفي بين القواعد العامة وقانون تدابير حماية المستهلك، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، سطات، السنة الجامعية 2017/2018.
- فاتح كمال، حماية مستهلكي الخدمات البنكية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2020/2021.
- فارح عائشة، ضبط نشاط التأمين في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة تيزي وزو 2017/2018 . فارح عائشة، ضبط نشاط التأمين في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة تيزي وزو 2017/2018.
- فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان السنة الجامعية 2012/2013.
- فؤاد معلال الشرط الجزائي في القانون المغربي، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بفاس 1993.
- فؤاد معلال، الشرط الجزائي في القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانون والاقتصادية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 1992-1993.

- كيلاني عبد الراضي، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق ، 1996.
- ماجدة عبد المجيد عبد المهدي المخاترة، في سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية 2013-2014.
- مالكي محمد، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الموسم الجامعي 2017-2018.
- مالكي محمد، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، الطور الثالث (ل.م.د) في القانون، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان الجزائر، السنة الجامعية 2017/2018 .
- محمد الهيني، حق المؤمن له في الرجوع عن التعاقد في عقد التأمين بين الحاجة والفعالية، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 1، أكتوبر 2007.
- محمد بحماني، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية - دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2005-2006.
- منال بوروح، النظام العام والعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، نوقشت بتاريخ 5 ماي 2019.
- المهدي منير: المظاهر القانونية لحماية المستهلك، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2004-2005.

- نزهة الخدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية، عقد البيع نموذجاً، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكاد- الرباط، السنة الجامعية 2004-2005.
- محمد بحماني، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية -دراسة مقارنة. أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون المدني، جامعة الحسن الثاني. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية . عين الشق الدار البيضاء .السنة الجامعية 2005-2006.
- زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو ، السنة الجامعية 2015-2016.
- عبد اللطيف حاتمي، الفوائد التأخيرية وشرعيتها، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2002/2003.

الرسائل:

- أحمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المصري، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس فلسطين، السنة الجامعية 2006 .
- بشرى السروت، استغلال الضعف والجهل لدى المستهلك المقترض، رسالة لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكاد،السنة الجامعية ص 2016/2017.
- حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، رسالة لنيل الماجستير في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018.

- خالد الفكاني، نظرة الميسرة، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2006-2007.
- زازية بنداوي، خصوصيات التقاضي في منازعات الاستهلاك، بحث لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، اكدال، الرباط، السنة الجامعية 2016-2017 .
- عبد الحفيظ دين: الحماية الجنائية للمستهلك في ضوء القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة محمد الأول ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2011-2012.
- عبد الرحمن الشرقاوي، دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، اكدال، الرباط، 2001-2002.
- العربي الشادلي، حماية الرضا بين النظرية الكلاسيكية والحديثة في التشريع المغربي والمقارن، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998-1999.
- العربي الشادلي، حماية الرضا بين النظرية الكلاسيكية والحديثة في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 1998/1999.
- عمر أضرضر، الإمهال القضائي في الفقه الإسلامي والتشريع المدني المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2002/2003.
- فيصل الغويطي، الحماية الإجرائية المقررة للمستهلك، رسالة لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية، تخصص القانون المدني، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، اكدال، الرباط، السنة الجامعية 2016-2017 .

- محمد الخياط الدري، الأمن التعاقدي في التشريع المغربي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي ، كلية العلوم القانونية الاجتماعية والاقتصادية، تطوان، السنة الجامعية 2018/017.
- محمد المرسي زهرة: حماية المستهلك في مجال بيع المباني تحت الانشاء، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر حماية المستهلك في القانون، دار الشريعة المنعقد في بورسعيد في الفترة من 29 أبريل حتى 3 ماي 1995.
- محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: أسسه مظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 1983-1982.
- محمد عماري، دور القاضي في حماية المستهلك عند تطبيقه لقانون الالتزامات والعقود المغربي، بحث لنيل دبلوم الماستر في الدراسة الميثودولوجية لقانون الالتزام التعاقدي و العقار، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2008-2007.
- منير قاسم صالح الجيلاني، حماية المستهلك بين القوانين العامة والخاصة، دراسة تحليلية وتفصيلية للنظرية بين القانونين اليمني والمغربي، القانون، رسالة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد الأول، كلية العلوم والاقتصادية والاجتماعية، وجدة ، الجامعية 2014-2013.
- نجاه السعيد، حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، مراكش، السنة الدراسة 2011- 2011.
- هاجر فوزي، القواعد القانونية العامة للعقود الاستهلاكية في ضوء القانون 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2015-2014.

- ياسر أحمد بدر. حماية السائح في عقود السياحة الإلكترونية بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الثالث الذي نظّمته كلية الحقوق جامعة طنطا، بعنوان "السياحة والقانون" خلال الفترة من 26 إلى 27 أبريل 2016.
- يوسف المومني، دعوى إبطال البنود التعسفية، دراسة في ضوء قانون 31/08 المتعلق بتحديد تدبير حماية المستهلك، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، السنة الجامعية 2011-2012.

*- المقالات

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مجلة المحامي، الكويت، العدد 8، يوليو- أغسطس- شتنبر 1985.
- أبو بكر مهم، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، قراءة في المواد 15 إلى 20 من القانون رقم 31.08، المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مجلة القضاء والقانون، العدد 6، 2012.
- أبو بكر مهم، قراءة في المقتضيات المتعلقة بالبيع عن بعد، مجلة الدفاع الصادرة عن هيئة المحامين بسطات، العدد 6، أكتوبر 2011.
- أحمد الدريوش: المرض كسبب لإبطال التصرف القانوني، بحث في أصول وأصالة الفصل الرابع والخمسون من ق.ل.ع.م، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، طبعة 2016.
- أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، السنة السادسة عشر، مارس، 1992.
- أحمد كويس، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، الصادرة عن مختبر قانون الالتزامات والعقود، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، العدد 2، فاس 2009.

- أحمد كويسي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد2، 2009.
- أحمد كويسي، عقد الاشتراك في الماء والكهرباء، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 1، أكتوبر 2007.
- احميدو اكري، الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن، مجلة الإشعاع، العدد 10، يونيو 1994.
- ادريس الفاخوري: ترجيح الاتجاهات الأخلاقية في مجال العقود والالتزامات، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الأول 2000 .
- إدريس الفاخوري، ترجيح الاتجاهات الأخلاقية في مجال العقود والالتزامات"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الأول، 2000.
- إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 3، وجدة، 2001.
- إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للقانون المدني، عدد 3 يونيو، وجدة. 2001.
- أمين أعزان، تقييم المقتضيات الجنائية الواردة في القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مجلة الدفاع، العدد السادس، أكتوبر 2011.
- بوالكور رفيقة: الالتزام بإعلام الزبون المستهلك في مجال القروض البنكية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، يناير، 2018.
- بوعزة الخراطي، قراءة نقدية واقتراح تعديلات بخصوص القانون رقم 31-08 المتعلق بحماية المستهلك، مجلة الاقتصاد والمجتمع، عدد 10، الطبعة الأولى، 1 ماي 2009.
- توفيق عزوزي، حماية المستهلك في المجال العقاري، مجلة الدفاع، العدد 6، أكتوبر 2011.

- حسن الوزاني التهامي، دور القضاء التجاري في حماية المستهلك، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، عدد 8، طنجة، 2009.
- الحسين بلحساني: الالتزام بتبصير المستهلك بين قواعد الأخلاق ومقتضيات القانون، مقال منشور بمجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، عدد 1، 2001 .
- الحسين بلحساني، الالتزام بتبصير المستهلك بين قواعد الأخلاق ومقتضيات القانون، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، العدد 1، طنجة، 2001، ص 47.
- رياض فخري، تقديم قانون حماية المستهلك، مجلة الدفاع، العدد 6، أكتوبر 2011، عدد خاص بأشغال الندوة العلمية التي نظمتها هيئة المحامين بسطات بتعاون مع مختبر قانون الأعمال بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، في موضوع : "قراء في القانون 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك" المنظمة بتاريخ 17 يونيو 2011.
- زكرياء خليل، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقال منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد مزدوج 11-12، الطبعة الأولى، 2016.
- سعيد الناي، حقيقة الشرط الجزائي في القانون المغربي، مجلة المناهج، عدد مزدوج 5-6، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2004.
- ضياء علي أحمد نعمان، الشرط التعسفي في العقود البنكية على ضوء القانون 31-08 وعقد الانخراط في نظام البطاقة البنكية، مجلة قانون وأعمال، العدد 3، مطبعة دار الآفاق المغربية، 2013.
- عبد الحق الصافي، قانون العقود بين التنظيم العام والتنظيمات الخاصة، الحصيلة والآفاق، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتدبير، العدد 54، 2016.
- عبد الحميد أخريف: ولوج المستهلك لخدمة الاتصالات بالمغرب، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 1، أكتوبر، 2007 .
- عبد الحميد أخريف، ولوج المستهلك إلى خدمة الاتصالات بالمغرب، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، الصادرة عن مركز قانون الالتزامات والعقود، جامعة سيدي

محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، العدد 1، أكتوبر 2007 .

- عبد الرحمن الشرقاوي، مساهمة القضاء المدني في حماية المستهلك، مقال منشور بالمجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد مزدوج 10_11، 2010.

- عبد الرحمن الشرقاوي، مساهمة القضاء المدني في حماية المستهلك، مقال منشور بالمجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد مزدوج 10-11 لسنة 2010

- عبد الرزاق أيوب، القراءة الأخلاقية لتعديل الفصل 264 ق.ل.ع ، مجلة المناهج، العدد المزدوج 3 - 4، 2004.

- عبد القادر العرعاري: الالتزام بالإعلام وتبصير المتعاقد قبل إبرام العقد، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 3 .

- عبد القادر العرعاري: قراءة انطباعية أولية بخصوص القانون 31.08 المتعلق بحماية المستهلك، سلسلة دراسات وأبحاث " حماية المستهلك"، العدد 4، الطبعة الأولى، 2021.

- عبد الله درميش، اهتمام المغرب بالتحكيم إلى أي حد، مجلة المحاكم المغربية، عدد 73.

- عبد المجيد اغميحة ، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، المجلة المغربية للدراسات القانونية، العدد 2009.

- عبد المجيد اغميحة، أبعاد الأمن التعاقدية وارتباطاته، مجلة القضاء والقانون، العدد 165 يونيو 2015.

- عبد المجيد اغميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الحقوق المغربية، العدد 7، 2009.

- عبد المهيم حمزة، حماية المستهلك في القروض العقارية، مسألة الاختصاص والمهلة القضائية نموذجاً، تعليق على أمر صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 13/150 بتاريخ 12 فبراير 2013 في الملف الاستعجالي عدد 2012/8/966.

- علال البصراوي، التحكيم الاختياري والأنظمة المشابهة، مجلة المحاكم المغربية، عدد 117، 2008.
- فاتح كمال في مقال له بعنوان: "سعر القرض البنكي أية حماية للمستهلك"، مجلة الملف، عدد 10 أبريل 2007.
- فتيحة محمد قوراري: الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات المضللة، دراسة في القانون الإماراتي والمقارن، بحث منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الثالث، شتنبر 2009.
- فؤاد معلال، مستقبل الشرط الجزائي بعد صدور القانون رقم 93-27 بتاريخ 1995/7/13، مجلة القانون والاقتصاد، فاس، العدد 14، 1997.
- القانون 131-13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب الجريدة الرسمية عدد 6342 الصادرة بتاريخ 12 مارس 2015.
- محمد الكشبور، تأثير الحكم بعدم الاختصاص- دراسة على ضوء القوانين الإجرائية، مجلة المنتدى، العدد 1، أكتوبر 1999.
- محمد المكي، الوساطة البنكية، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 27 ماي 2015.
- محمد الهيني، دور القاضي في تفسير العقد، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد 29، غشت 2004.
- محمد شيلح: العربون في قانون الالتزامات و العقود المغربي بين دلالة التسبيق ومقابل الرجوع، أو مشكل الفصل 288 من ق.ل.ع، مجلة القانون والاقتصاد . العدد 7.
- محمد قوراي: الحماية القانونية للمستهلك من الإعلانات المضللة، مجلة الحقوق 3، جامعة الكويت، 2009.

- محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون ، السنة السابعة والعشرون، العدد 54، أبريل 2013.
- مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الأنترنت، بحث منشور بمجلة روح القوانين، جامعة طنطا .كلية الحقوق، ، العدد 45. أبريل 2008.
- مصطفى سماعيل، العقد الطبي في ظل قواعد حماية المستهلك، مجلة القانون والأعمال، العدد 9 شتنبر 2016.
- مليكة مسرار، عقد الولوج إلى الشبكة، المجلة المغربية للقانون التجاري، العدد 3، 2015.
- المهدي العزوزي، تسوية نزاعات الاستهلاك في ضوء قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك، منشورات مجلة الحقوق، الطبعة الأولى 2013.
- نور الدين حمدون: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة الملحق القضائي، عدد 17، 1986.
- وديع مديح: بعض مظاهر تعسف المورد على المستهلك، حوار أجرته جريدة الصباح مع السيد وديع مديح رئيس جمعية حماية المستهلك بالدار البيضاء، مقال منشور بجريدة الصباح يومي السبت والأحد، 2015 /10/31 و 2015/11/1 العدد 4832.
- يوسف المومني: المنازعة المتعلقة بالشروط التعسفية في القانون المغربي، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، الصادرة عن مختبر قانون الالتزامات والعقود، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، عدد مزدوج 5-6، 2013.

*- الندوات والمؤتمرات:

- أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب الأمنية والقانونية للعمليات الإلكترونية، الإمارات العربية المتحدة، من 26 إلى غاية 2003/4/28.

- أبو العلا علي أبو العلا النمر: نحو تعزيز حماية المستهلك في مواجهة انهيار الحدود الجغرافية للإعلام، بحث مقدم لمؤتمر الإعلام والقانون، المؤتمر العلمي الثاني بكلية الحقوق، جامعة حلوان 14-15 مارس، 1999.

- أنور أحمد رسلان، مفهوم حماية المستهلك، تقرير مقدم إلى ندوة حماية المستهلك في العالم العربي، جامعة الدول العربية، القاهرة 1997.

- محمد سلام، الطرق البديلة لتسوية النزاعات ودورها في تخفيف العبء على القضاء وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، مقال مقدم في إطار الندوة المنعقدة بقصر المؤتمرات بالعيون يومي 1 و2 نونبر 2007 في إطار تخليد الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، مجلة الملف، عدد 12، مارس 2008.

- الندوة العلمية التي نظمتها هيئة المحامين بسطات بشراكة مع محكمة الاستئناف بسطات ومختبر قانون الأعمال بكلية الحقوق بجامعة الحسن الأول، سطات، والمنتدى المغربي للمستهلك في موضوع، قراءة في القانون رقم 08-31 المتعلق بتدابير حماية المستهلك المنظمة بتاريخ 17 يونيو 2011. المنشورة بمجلة الدفاع - عدد خاص، العدد 6، أكتوبر 2011

- الندوة العلمية المنظمة من طرف جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق الدار البيضاء، تحت عنوان ظهير الالتزامات والعقود بعد مائة سنة الثابت والمتغير، المنشورة بالمجلة المغربية للقانون واقتصاد التدبير، عدد خاص، العدد 54، 2016.

*- النصوص القانونية والمراسيم والقرارات الوزارية والدوريات

- ظهير الالتزامات والعقود المغربي
- مدونة التجارة المغربية
- قانون 24-96 المتعلق بالبريد والمواصلات، كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 01-55 .
- القانون 13-131 المتعلق بمزاولة مهنة الطب الجريدة الرسمية عدد 6342 الصادرة بتاريخ 12 مارس 2015.
- القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها
- القانون رقم 104.12، المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 26.6276 ، رمضان 1435 الموافق 24 يوليوز 2014.
- القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى 1432 (13 أبريل 2011)
- القانون 78.20 القاضي بتغيير وتتميم المادة 202 من القانون 08-31 الجريدة الرسمية عدد 6945 -6 جمادى الأول 1442 (21 ديسمبر 2020) ..
- القانون 53-05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.129 صادر في 30 نونبر 2007 الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007.
- قانون رقم 15.09 المتعلق بتدابير الحماية التجارية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.44 بتاريخ 2 يونيو 2011.
- القانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات وبتميم الظهير الشريف بمثابة قانون الالتزامات والعقود الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.140 بتاريخ 17 غشت 2011.

- مرسوم رقم 02.12.503 صادر في 4 ذي القعدة 1434 بتاريخ 11 شتنبر 2013 بتطبيق بعض أحكام القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد 6191.
- مرسوم رقم 2-12-462 بتحديد النظام الأساسي النموذجي لجمعيات حماية المستهلك التي يمكن الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة، الجريدة الرسمية عدد 25-6107 محرم 1435 (10 دجنبر 2012).
- قرار لوزير المنتدب لدى رئيس الحكومة المكلف بالشؤون العامة والحكامة رقم 282.14 م صادر في 23 رمضان 1435 (21 يوليوز 2014) بتحديد تعاريف بيع الماء الصالح للشرب وإتاة التطهير، الجريدة الرسمية عدد 6275 مكرر 24 رمضان 1435 (22 يوليوز 2014) ص 6060.
- دورية والي بنك المغرب بتاريخ 3 ماي 2010 تحت رقم G/1/10 طبقا لقرار لجنة مؤسسات القروض المنعقدة بتاريخ 6 أبريل 2010
- *- القوانين العربية**
- قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2005.
- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، رقم 83 لسنة 2000
- *- القرارات والأحكام القضائية**
- قرار المجلس الأعلى رقم 1625، ملف مدني عدد 86/1682 ، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 139، دجنبر 1988 .
- قرار المجلس الأعلى صادر في 10 أبريل 1991 منشور بمجلة الإشعاع ، عدد 10 ، يونيو 1994، ص 90.
- قرار رقم 1040، ملف عدد 3/861 منشور بمجلة المعيار، عدد 32 .

- قرار رقم 1241 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 2017/7/13
ملف رقم 8222/2016/802 منشور بموقع marocdroit ، تاريخ الولوج 16
مارس 2018.
- قرار رقم 300 الصادر بتاريخ 2015/10-19 في الملف التجاري رقم 8227-6040-
2014، عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، منشور بمجلة القضاء
التجاري، العدد 5.
- قرار رقم 438 صادر بغرفتين بتاريخ 1998/5/27، مجلة المحاكم المغربية، عدد
117، 2008.
- قرار رقم 91 بتاريخ 21 يناير 2009 في الملف التجاري عدد 2008/1/3/853 ،
منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 159، 2011.
- قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى رقم 96 في الملف المدني عدد
3273 ، صادر بتاريخ 13 فبراير 1962، منشور بقرارات المجلس الأعلى في المادة
المدنية 1985-1997، منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين، 1997.
- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 89/11/13 تحت عدد 2226 في الملف
المدني عدد 10/8572، محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي
المغربي، الكتاب الأول. مطبعة النجاح. الطبعة الثانية. 2011.
- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 489، الصادر في الملف التجاري عدد
489 بتاريخ 2006/5/17، غير منشور.
- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة تحت عدد 38/5، الصادر في الملف
عدد 08/51 بتاريخ 2009/11/17 غير منشور.
- قرار صادر عن محكمة النقض- المجلس الأعلى سابقا- بغرفتين بتاريخ 2005/6/8
تحت عدد 673 في الملف التجاري عدد 04/443.
- قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 339 في الملف التجاري عدد 2001/391 ،
منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 62، بتاريخ 25 يوليوز 2003 .

- قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 540، الصادر في الملف عدد 08/87 بتاريخ 2009/4/08 ، غير منشور.
- قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 605، الصادر في الملف التجاري عدد 07/367 بتاريخ 2007/5/23، غير منشور.
- قرار صادر عن الغرفة التجارية لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 144 بتاريخ 1988/1/19، منشور بالمجلة المغربية للقانون- السلسلة الجديدة عدد 17، أبريل – ماي-يونيو 1988، ص 138.
- قرار عدد 2277 صادر عن محكمة النقض في الملف المدني 05/12/5 بتاريخ 2006/10/11 غير منشور
- قرار محكمة النقض عدد 4058 الصادر في الملف عدد 7/3959 بتاريخ 2009/11/11 غير منشور
- قرار محكمة الاستئناف بأسفي، صدر بتاريخ 1985/4/21 في الملف المدني عدد 84/1447 غير منشور،
- قرار محكمة الاستئناف الدار البيضاء الغرفة المدنية بتاريخ 1985/3/7 في الملف المدني عدد 83/2759 غير منشور.
- قرار محكمة النقض بتاريخ 1986/10/8، تحت عدد 2240، في الملف المدني عدد 95827، منشور بمجلة المحامي، عدد 9 .
- قرار محكمة النقض عدد 1/366 بتاريخ 2014/06/19، ملف تجاري عدد 2014/3/520 قرار غير منشور.
- قرار محكمة النقض، الغرفة التجارية .عدد 1305 المؤرخ في 2012/12/20، ملف تجاري عدد 2012/2/3/689، غير منشور .
- حكم صادر عن المحكمة التجارية بالرباط عدد 1394 بتاريخ 16 دجنبر 1999، ملف عدد 4/99/904.

- حكم صادر عن المحكمة التجارية بوجدة رقم 2015/172، ملف رقم 8210/2013/202 بتاريخ 2015/2/9 غير منشور .
- حكم المحكمة الابتدائية بفاس، عدد 1483 بتاريخ 1990/4/9 في الملف المدني عدد 89/3038 غير منشور.
- حكم صادر عن المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 28 يونيو 1999، ملف عدد 99/505، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 20 دجنبر 1999.
- حكم المحكمة التجارية بمراكش رقم 7 بتاريخ 2013/1/3 ، في ملف عدد 1798/6/2012 ، حكم غير منشور.
- حكم المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 2013/11/11، ملف عدد 2013/6/1141 ، غير منشور.
- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2014/4/24 في الملف عدد 2014/1174 والقاضي بعدم اختصاصها نوعيا للبت في نزاع قرض استهلاكي، غير منشور.
- حكم محكمة التجارية بوجدة عدد 2015/67 الصادر بتاريخ 2015/6/23 بملف رقم 8201/2014/1205 ، غير منشور.
- حكم المحكمة التجارية بفاس رقم 1678 الصادر بتاريخ 2015/10/1 في الملف التجاري 2014/5/245، بين البنك العربي بالمغرب وأحد الأشخاص بشأن عقد قرض غير منشور .
- حكم المحكمة التجارية بفاس رقم 751 بتاريخ 2020/06/30 في الملف عدد 18/8210/1209 ، غير منشور.
- أمر قضائي بتاريخ 2017/3/24 ، ملف رقم 2017/8102/139 صادر عن المحكمة التجارية بفاس، غير منشور.

- أمر استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 150/13 بتاريخ 2013/2/12، منشور بالمجلة المغربية للقانون الاقتصادي، عدد مزدوج 5-6، 2013، ص 252.
- أمر استعجالي صادر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2020/11/11 ، ملف عدد 20/8101/307، غير منشور.
- أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2020/3/11 ، ملف رقم 19/ 8101/ 929 غير منشور.
- أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بفاس بين مقترض مستهلك والبنك المغربي للتجارة الخارجية صادر بتاريخ 2020 /11/11 في الملف رقم 20 /8101 /307، غير منشور.
- أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بفاس بين التجاري وفابنك ومقترض طرد من عمله لإصابته بمرض مزمن صدر بتاريخ 2020/3/11 ملف رقم 2020/8101/32 غير منشور.
- أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2020/2/5 في الملف رقم 19/8101/687، غير منشور.
- أمر استعجالي رقم 13- 86 بتاريخ 5 مارس 1986 صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بتارودانت غير منشور .
- الأمر الاستعجالي رقم 2000/77 الصادر في 20 ماي 2000 ، منشور بمجلة المعيار، العدد 25 و 26 .

*-المواقع الإلكترونية

-نشرة بعنوان دليل خدمات الاتصالات بمصر، تصدر هذه النشرة عن الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات، لجنة حماية حقوق المستخدمين والمنشورة على الموقع الإلكتروني

<http://www.ntra.gov.eg>

- www.courappelfes.ma/cafes/ar/actualite/himi2.doc
- <http://www.legifrance.gouv.fr/affichjurijudi.> .
- www.marocdroit.com
- [www .conso .net](http://www.conso.net)
- <https://ssl.editions themis.com>
- [www.consommateur .qc.ca/union.](http://www.consommateur .qc.ca/union)
- www.henricapitant.org
- www.anrt .gov

OUVRAGES :

- **Berlioz (G)** : Le contrat d'adhésion, L.G.D.J, Paris , 1973,
- **Bosco (D)** : Le droit de rétractation d un aspect des rapports du droit de la consommation et du droit des contrats , Mémoire Dea , Aix-Marseille, 1999,
- **Boudahrain (A)** , Le droit de la consommation au Maroc , 1ère édition , Al Madariss, 1999.
- **Bresse (P) et Kaufman (G)**, Guide juridique de l'internet et du commerce électronique , librairie, Vinbert, 2000.
- Calais Auloy (J), les actions en justice des associations des consommateurs, commentaire de la loi du 5.janv. 1988, Dalloz. sery, 1989.
- **Calais Auloy (J), et Picod. (Y) et DAVO (H)**, droit de la consommation, DALLOZ SIREY, 2ème édition, 2010.
- **CALAIS Auloy .(J) et Steinmetz (F)**, droit de la consommation, Dalloz, 5ème édition, 2006.
- **Calais. Auloy.(J), et Temple.(H)** : droit de la consommation. Dalloz, 8e édition, 2010.
- **Calais. Auloy.(J)**, Code de la consommation, Annotation de jurisprudence et bibliographie, édition , Dalloz, 1996,
- **Chardin (N)**: Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté ,L.G.D.J. Paris 1988.
- **Mazeaud(D)**, Le juge face aux clauses abusives, in le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993,.
- **Fabre-Magnan.(M)**, droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral, PUF , 2008..
- **Ferrier (D)**, traité de droit de consommation, presse universitaire de France, 2eme édition, 1993,

- **Florence (C)**, l'ordre public en droit de travail, Tome 14, LGDG, paris.
- **Geoffray.(B)**, le contrat à distance au XXIe siècle, Paris, LGDJ, 2010,
- **Ghestin (J)** , traité de droit civil, les obligations les effets du contrat, L.G.D.J. Paris 1992.
- **Ghestin (J)** : La réticence, le dol et l'erreur sur les qualité substantielles, 1971.
- **Ghestin (J)**, traité de droit civile, les obligations , la formation du contrat , 2ème édition, LGDG, 1993.
- **Hauser (J) Lemouland (I)**, ordre public et bonnes mœurs, répertoire civil, Dalloz, 2004,
- **Bricks (H)**, les clauses abusives, Paris, LGDJ,1982.
- **KARIMI (Abbas)**, les clauses abusives, et la théorie de l'abus de droit.LGDJ.2001..
- **Labordes (V)**, les contrats déséquilibres, Tome 1, PUAM, Aix- Marseille, 2000.
- **Lequette (y)**, bilan des solidarisme contractuels, mélange Paul-Didier, economica, 2008,.
- **Leveneur(M)**, La commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations, in le renouvellement des sources des obligations, journées national de l'Association. H. Capitant, LGDJ, 1997.
- Limoges .18 Mars 1987, le code de la consommation , édition 2004,.
- **Magnan Fabre (M)**, Droit des obligations, contrat et engagement unilatérale Tome 1, 2ème édition. Thémis, Paris, 2007
- Malaurie (ph) , l'ordre public et contrat, étude de droit civil comparée, France-Angleterre-T 1ERE , Edition, matot-braine, paris, 1967 ,
- Malaurie (PH) et Laurent (A), cours de droit civil les obligations , éditions CAJAS, Paris, 1990 .

- **Nammour. (F), Cabrillac(R) , Cabrillac (S) et Lacuyer (H)**, Droit des obligations, droit français droit libanais perspective vers européens et international, L.G.D.J.1ère édition, 2006,
- **Natacha Samphanor.(B)** avec le concours de Elise Paillot, carole Aubert de Vincelles Creoffray.(B), les contrats de consommation- règles communes, LGDJ.2013.
- **Picod,(Y) et Helene (D)**, droit de consommation, 2 ème, éd Sirey, 2010,.
- **Pizzio (J.P)**, code de la consommation, 2^{ème} édition, 1996,
- **Raymond,(G)**, droit de la consommation, litec, 2008.
- **Rzepecki (N)**, Droit de la consommation et théorie général du contrat, PUAM, 2002.
- **Stark (B), Roland (H) et Boyer (L)**. Obligations, contrat 5^{ème} Edition, librairie de la cour de cassation, Paris,1995.
- **Terre (F) , Simler (Ph) , et Lequette (Y) : Droit civil, les obligations**, 9^{ème} édition DALLOZ , 2005
- **dal Masso (TH)**: responsabilité pénale des personnes morales, diffusions , Litec, 1996,

Thèses :

- **ECHARRKAOUI(A) : L'accès du consommateur au droit et a la justice** (en doit marocain et droit européen). Thèse pour le Doctorat en droit prive , Faculté des sciences juridiques , économiques et sociales, Université Hassan II Casablanca .2007-2008.
- **Alisse.(J)**, l'obligation de renseignement dans les contrats, thèse n° 201,paris II, 1975
- **Annelieke.(G)**., Relevé d'office du juge et droit de la consommation. thèse de doctorat. Université D'Avignon et des pays de Vaucluse, 2014.

- **Barbiere (J).** Vers un équilibre contractuel recherche d'un nouvel équilibre dans la formation et l'exécution des contrats, thèse Toulouse 1981
- **BENDRAOUI (A) :** La protection du consommateur au Maroc, thèse pour le doctorat, faculté de droit Université Mohamed V , Rabat ,2001 .
- **Boyer. (Y) ,** l'obligation de renseignement dans la formation du contrat ,thèse aixe-marseille,1977.
- **Le Clerc (f),** la protection de la partie faible dans les contrats internationaux, étude de conflits de lois, Tome I. Thèse, université Robert Shumane de Strasbourg,1995,.
- **Ghazal (J-P),** de la puissance économique en droit des obligations, tome 1, thèse pour l'obtention de doctorat en droit, Université de Pierre Mendes , France , Grenoble, 1996.
- **Mervieu (M),** les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats, thèse de doctorat, université panthéon, ASSAS (Paris II), Dalloz, 2012.

Articles

- **Anselone- Martin (o),** étude critique de devoir d'exécuter les conventions de bonne foi, put AF, 22 janvier 1997, n° 10,.
- **Atias (Ch) :** Qu'est ce qu'un contrat ? Droit et Economie des contrats, sous la direction de Christophe Jammin, L G. D.J,2009,
- **Bernardeau.(L),** le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. A propos de l'arrêt CJCE 13 décembre 2001, Heinnger, JCP, G, 2002.
- **Bertrand (A),** Acceptation par le silence au contrat forcé, Dalloz, doct, 2003.
- **Bocara (Br) :** La réforme de la clause pénale-conditions et limites de l'intervention judiciaires, JCP, N°19. 1975,

- **Brum. (PH)**, Le droit de revenir sur son engagement , extrait du colloque de Chambéry intitulé , "Que reste t-il de l'intangibilité du contrat ? . Rev Droit et patrimoine. mai 1998.
- **Calais Auloy (J)**, les clauses abusives en droit française , acte de la table ronde du 12 décembre 1990, les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe L.G.D.J,1991.
- **Carole Aubert (v)** : clause abusive et office du juge, revue des contrats , LGDJ. 2010
- **Catherine (Th)**, propos sur la transformation du droit du contrat, R.T.D, civ, 1997.
- **Davo (H)**, Clauses abusives, juriscasseur- concurrence- consommations, fascicule 320, 1991,.
- **Dereux (G)**, de la nature juridique des contrats d'adhésion, revue trimestrielle de droit civil, 1910,.
- **Erhardt (S)**, Clauses abusives : la clause de formation de commande à la lumière de la réglementation des clauses abusives, juriscasseur, contrat, concurrence, Consommation, N° 2007.
- **Feral (R)** , Les politique publique du contrôle des marchandises et de la répression des fraudes au Maroc , un actes du colloque le droit marocain des fraudes sur les marchandises et son adaptation aux marché extérieurs, col. FSJES. Marrakech n° 14.
- **Formont (M)**, la transposition de la directive communautaire sur les clauses abusives par le législateur Allemande, Dalloz aff, 1997
- François Xavier (T), le juge et contrat d'adhésion, JCP G.I, 3673, 1993.
- **Ghestin (J) et Marchesseaux (I)**, les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe, Acte de la table ronde du 12 décembre 1990.
- **Ghestin (J)**, les recommandations de la commission, in vingt ans de la commission des clauses abusifs ; revue concurrence consommation, octobre 1998.

- **Ghislain Poissonnier** : mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation, Contrat concurrence consommation, n° 5, mai 2009 .
- **Gridel (J.P)**, Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 , du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives, Revue Dalloz Sirey, 1984.
- **Hassan Dabzat** : le droit marocain de la concurrence et la protection économique du consommateur à travers la loi n° 06.99 sur la liberté des prix et de la concurrence, revue marocaine de droit économique, n° 3.
- Jean marc Mousseron, technique contractuelle, Paris, 1992.
- **Kuhn munch (O)**, La commission des clauses abusives et ses attributions in vingt ans de la commission des clauses abusifs ; revue concurrence consommation, octobre 1998.
- **Luby (M)**, protection des consommateurs publicité et communications commerciales.RTD.com.2005.
- **Mazeaud (D)**, le nouvel ordre contractuel, Revue des contrat, L.G.D.J, Paris 2003.
- **Mourderau.(S)** , Protection communautaire du consommateur contre les clauses abusive et office du juge national, petite affiche ,24 juillet 2001 ,.
- **Naceur (F)** : L'obligation légale de la liberté des prix et de la facturation pour la mise en concurrence sur le marché, revue des études juridiques, , faculté de droit, Tlemcen n° 7, 2010.
- **Paisant (G)** : A la recherché du consommateur, JCP , G, 2003,
- **Paisant (G)**, Le point sur les clauses abusives des contrats, Art, Acte du colloque du 24 Fev 1994,
- **Paisant(G)**, Le décret portant listes noire et grise de clauses abusive-décret du 18 mars 2009. JCP édition G. N° 28.6 Juillet 2009
- **Paisant. (G)**, un élargissement de l'action collective en suppression de clause ses abusives, J C P, la semaine juridique, n°15, 2011,

- **Paissant (G)**, la loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le télé -achat, JCP, éd, G, 1988-I- Doct n° 3350,
- **.Pizzio (J.P)**, un apport législatif en matière de protection du consentement, la loi du 22 Dec1972 et la Protection du consommateur sollicite a domicile, RTD , CIV, 1976,p 66
- **Picod (y)** , la charme discret de la class Action.Dalloz , trib, 2005.
- **Raymond (G)**, contrat de consommation, crédit à la consommation et l'obligation d'information , Revue juris-classeur, Paris, 2006,
- **Raymond (G)**, les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n 2008-3 du " janvier 2008, pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JCP.E .2008,
- **Roth (C)** :La commission des clauses abusives, un ministère d'influence à succès, Revue Lamy droit civil, N° 61, 2009
- **Rouast. (A)** : Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, RTD civ,1944,.
- **Safae.(H)**, la protection du consommateur contre l'excès de la publicité, revue marocaine de droit commercial et des affaires .n° 3, 2015..
- **Sinay- Cytermann(A)**, Protection ou surprotection du consommateur, J.C.P.ed G.Doct.n 48. 1994
- **Teyssié(I)**, information et protection des consommateurs dans le domaine de certains opérations de crédit, Juriss Classeur. édition techniques,1991.
- **Christianos (v)**, les codes de procédure civile français et Hellénique face à l'accès du consommateur à la justice, R.I.D.C, 2 ;, 1988.P 426
- **Lasbordes (V)**, les contrats déséquilibrés, presse universitaire d'Aix-Marseille, Plan faculté de droit et de science politique, 2000.
- **Paisant (G)**, les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février Dalloz ,chron n° 7, 1995.

- **Ghestin (J)** : L'abus dans les contrats ,Gazette de palais, 1981.p279
- les actes du colloque organisé par la faculté de Chambéry le 29 mai 1998 t consacré aux « vingt ans de la commissions des clauses abusives ». Rev. Conc.cons. octobre 1998.
- Lamy droit économique 'La protection des consommateurs dans l'union européenne, Concurrence, Distribution consommation, , Art 4847. 2002-
- **Ghestin(J)**, l'utile et le juste dans les contrats, D.S.1982, Chr 1.
- **Montels. (B)**, La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, RTD. Com. N.12,.2002

Lois et directives :

- Code de la consommation française .paris .Dalloz.2004.
- Directive de l union européenne 2011/83 du 25octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.
- Le livre vert de la commission européenne, les communications commerciales dans le marché intérieur . piste de réflexion pour l avenir .B ruxelle.1996.

Jurisprudence

- Arrêt CJEC, 3 septembre 2009, Dalloz 2009. AJ.2161 **Obs. Avena-Robordet.**
- Arrêt de CJCE, 4 octobre 2007, Rev. Cont. Conc. Cons, **obs Raymond(G).**
- CA de paris 3 mars 2005.contrat concurrence consommation, n°96, 2005,comm 197. note **Raymond (G).**
- Cass 1ère octobre 2014. N° 13-21-801 juris Data n° 2014-022-600,
- Cass. Civ 1 ère ch. 15 mai 2002,bull, civ.i.no 132. 2002, comm. 135. obs. leveneur **laurent**

- Cass. Civ 1ch. 10 Février 1998,RTD.civ 1998, p 674. **Obs.MESTRE (J). Aubert (J.L).**
- Cass. Civ 1er ch 16. Jui Dalloz, 1987, **obs Aubert(J.L).**
- Cass. Civ 1re ch 6 décembre 1991, Dalloz 1991.449. **note Ghestin (J).**
- Cass. Civ, 2ème ch .17 février 1995 . 17 JCP 1995.II .8991,note Paisant (G)
- cass. civ.16 juillet 1987.D.S.1988.note Calais. AuLOY (J)
- Cass.1 er civ 9 mars 2004. Dalloz, 2004.n°24.
- Cass.1er civ. 1 mars 2005, bull.civ.i.no.109, CCC. 2005. comm. 142.
- Cass.Civ .7 mars 2006,Revue Resp. Assur.2006.P29.**note Courtieu (G)**
- Cass.Civ 1.31 Mai 1988. Dalloz 1988, Sommaires commentés 406.
- Cass.Civ, 4 février 2010, Gaz Palais. 2011, P42, **note Leduco.(X),**
- Cass.civ.1^{er} ch , 4 mai 1999, bull. civ. I.n°147. Dalloz 2000. Somm 48.**obs. Pizzio.**
- cassation Civ .1ère ch. 21 Fév 1995, JCP, éd, E 1995, 728. note Paisant. (G),
- civ 1ère, 14 mai 1991. Dalloz 1991, p 449. **note Calais – AuLOY(J).**

الفهرس:

1	مقدمة
13	الباب الأول: مستلزمات الأمن التعاقدي في مرحلة تكوين العقد
15	الفصل الأول: حماية الإرادة التعاقدية
15	الفرع الأول: ضمان إعلام حقيقي لمستهلكي الخدمة
16	المبحث الأول: الاعتراف التشريعي بالالتزام بالإعلام كحق لمستهلك الخدمة
17	المطلب الأول: مفهوم إعلام المستهلك أثناء إبرام عقد الخدمة الاستهلاكي
17	الفقرة الأولى: تعريف الالتزام بالإعلام
18	الفقرة الثانية: تمييز الالتزام بالإعلام عن النظم المشابهة
21	المطلب الثاني: مضمون إعلام مستهلك الخدمة ونطاقه في عقد الخدمة الاستهلاكي
22	الفقرة الأولى: الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي لمستهلك الخدمة
24	الفقرة الثانية: الالتزام التعاقدي بالإعلام
25	أولا: إلزام المورد بعرض عقد خدمة واضح
26	ثانيا: الإعلام بأجال تقديم الخدمة
28	ثالثا: الإعلام بالتجديد الضمني
31	المبحث الثاني: إشكالية تنفيذ الالتزام بالإعلام
31	المطلب الأول: إلزام مورد الخدمة بتقديم الفاتورة
32	الفقرة الأولى: تعريف الفاتورة وبياناتها
33	الفقرة الثانية: الأهمية القانونية للفاتورة
34	المطلب الثاني: عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام
35	الفقرة الأولى: عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام في ظل القواعد العامة
36	الفقرة الثانية: عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام في ظل قواعد قانون الاستهلاك
38	الفرع الثاني: ضبط وتفعيل الآليات المكملة لتبصير إرادة مستهلك الخدمة
40	المبحث الأول: التنظيم القانوني لقواعد الإشهار
41	المطلب الأول: مفهوم الإشهار في التقنين المغربي والمقارن
41	الفقرة الأولى: مفهوم الإشهار

41	أولاً: التعريف الفقهي للإشهار.....
42	ثانياً: التعريف القانوني للإشهار.....
	المطلب الثاني: الضوابط القانونية لعملية الإشهار التجاري محل عقد الخدمة
43	الاستهلاكي.....
44	الفقرة الأولى: اشتراط النزاهة والوضوح في الرسالة الإشهارية.....
46	الفقرة الثانية: منع الإشهارات المضللة والكاذبة.....
55	المبحث الثاني: التدرج في إبرام عقد الخدمة الاستهلاكي.....
56	المطلب الأول: تكريس حق الرجوع كآلية لتعزيز الأمن التعاقدي.....
57	الفقرة الأولى: مفهوم حق الرجوع.....
57	أولاً: تعريف حق الرجوع.....
60	ثانياً: مبررات تكريس حق الرجوع.....
61	الفقرة الثانية: طبيعة حق الرجوع.....
62	أولاً: حق الرجوع من حقوق الخيار.....
63	ثانياً: حق الرجوع رخصة.....
64	المطلب الثاني: الضوابط القانونية لممارسة حق الرجوع.....
65	الفقرة الأولى: نطاق ممارسة حق الرجوع من حيث العقود الاستهلاكية.....
65	أولاً: العقود الاستهلاكية المشمولة بممارسة حق الرجوع.....
71	ثانياً: عقود الخدمات المستثناة من حق الرجوع.....
75	الفقرة الثانية: شروط ممارسة حق الرجوع.....
76	أولاً: التقيد بممارسة حق الرجوع داخل الأجل القانوني.....
79	ثانياً: الآثار الناتجة عن ممارسة حق التراجع.....
88	الفصل الثاني: التبني التشريعي لنظرية البنود التعسفية كمدخل للأمن التعاقدي.....
89	الفرع الأول: حماية مستهلكي الخدمات من البنود التعسفية منطلق للأمن التعاقدي.....
90	المبحث الأول: مواجهة البنود التعسفية آلية لتجاوز مساواة عقدية مفترضة.....
	المطلب الأول: هشاشة الأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمات في ظل مبدأ سلطان
91	الإرادة.....
91	الفقرة الأولى: سلطان الإرادة لا يعالج المركز الضعيف لمستهلكي الخدمات..
92	أولاً: الضعف المادي أو الضعف الاقتصادي.....

94	ثانيا: الضعف المعنوي أو التقني.
95	ثالثا: تقرير جزاء قانوني لاستغلال ضعف مستهلكي الخدمة.
100	الفقرة الثانية: أسس المبدأ لا توفر التوازن العقدي في شروط عقد الخدمة الاستهلاكي
101	أولا: مرتكز الحرية التعاقدية.
102	ثانيا: القوة الملزمة للعقد.
	المطلب الثاني: تبني نظرية البنود التعسفية آلية لاستيعاب الأنماط الحديثة
106	في التعاقد الاستهلاكي.
107	الفقرة الأولى: التعاقد الإذعاني كمصدر للاختلال العقدي.
109	أولا: المفهوم التقليدي لعقد الإذعان.
111	ثانيا: المفهوم الحديث لعقد الإذعان.
113	الفقرة الثانية: التعاقد بواسطة العقود النموذجية.
117	المبحث الثاني: شمول عقود الخدمات بالحماية من البنود التعسفية.
118	المطلب الأول: نطاق الحماية من البنود التعسفية بالنظر لطبيعة العقد وأطرافه....
118	الفقرة الأولى: من حيث طبيعة العقد.
122	الفقرة الثانية: من حيث شكل العقد أو شكل الشروط.
123	الفقرة الثالثة: حكم الشروط التي تتضمن نصا قانونيا أو لائحيا.
	المطلب الثاني: نطاق إعمال البنود التعسفية من حيث الموضوع والجزاءات
125	المقررة.
125	الفقرة الأولى: المجالات المستثناة من تطبيق أحكام البنود التعسفية.
127	الفقرة الثانية: جزاء الشرط التعسفي الوارد في عقد الخدمة الاستهلاكي.
130	الفرع الثاني: التعامل المباشر مع البنود التعسفية وأثره على الأمن التعاقدي.
132	المبحث الأول: تنوع المقاربات التشريعية في تحديد البنود التعسفية كأثر من آثار
	التعامل المباشر مع البنود التعسفية.
133	المطلب الأول: أسلوب الحظر ودوره في مواجهة الشروط التعسفي.
133	الفقرة الأولى: رقابة التشريع للبنود التعسفية.
134	أولا: التحديد الإلزامي للبنود التعسفية.
138	ثانيا: تحديد الشروط التعسفية عن طريق نظام القائمة.
142	الفقرة الثانية: تحديد الشروط التعسفية عن طريق لجنة الشروط التعسفية.

148	المطلب الثاني: الأسلوب المختلط.....
148	الفقرة الأولى: المزاوجة بين الأسلوب اللائحي والأسلوب التقديرى.....
	الفقرة الثانية: نوعية المقاربة المعتمدة في التشريع المغربي في تحديد البنود
151	التعسفية.....
	المبحث الثاني: صور البنود التعسفية المدرجة في نماذج عقود الخدمات الاستهلاكية
158	وأثرها على الأمن التعاقدى.....
159	المطلب الأول: بنود تعسفية مدرجة وفقا للإرادة المنفردة للمورد.....
159	الفقرة الأولى: بنود تكرر هيمنة إرادة مورد الخدمة على مصير العقد.....
159	أولا: تعليق إبرام العقد على إرادة مورد الخدمة.....
	ثانيا: تضمين العقد صلاحيات واسعة للمورد في فسخ العقد في مقابل منع
164	المستهلك من طلب الفسخ.....
169	الفقرة الثانية: بنود تكرر سيطرة المورد في حسم مسألة تنفيذ العقد.....
169	أولا: التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية للشروط التعاقدية.....
171	ثانيا: الشرط التعسفي المتعلق بمهلة الإشعار بتجديد العقد أو بفسخه.....
	المطلب الثاني: البنود التعسفية المرفقة لمستهلكي الخدمة والمخففة للالتزامات
174	المورد.....
176	الفقرة الأولى: البنود التعسفية المرفقة للالتزامات مستهلكي الخدمة.....
	أولا: انفراد المهني بتحديد ثمن الخدمة مع إضافة مصاريف غير متعاقد
176	عليها وتحميل المستهلك مخاطر العقد.....
182	ثانيا: اشتراط شيك الضمان لتقديم الخدمة.....
	الفقرة الثانية: البنود المقيدة والمعيقة لحق تقاضي مستهلكي الخدمة والمخففة
184	لالتزامات موردي.....
184	أولا: البنود التي تضيق حق المستهلك في التقاضي الملائم.....
199	ثانيا: البنود التي تخفف من التزامات المورد في تنفيذ عقد الخدمة الاستهلاكي
203	الباب الثاني: ضمانات الأمن التعاقدى لمستهلكي الخدمة في مرحلة تنفيذ العقد.....
205	الفصل الأول: الضمانات القضائية الخادمة للأمن التعاقدى لمستهلك الخدمة
207	الفرع الأول: التوجه التشريعي نحو دور قضائي إيجابي خادم للأمن التعاقدى.....

	المبحث الأول: تقييم الدور القضائي في تحقيق الأمن التعاقدى في ظل القواعد
208	 العامة للتعاقد
208	المطلب الأول: حدود التدخل القضائي في ظل القواعد العامة
209	 الفقرة الأولى: تطبيق القضاء لنظرية عيوب الرضا
210	 أولا: الغلط
216	 ثانيا: التدليس عن طريق الكتمان
222	 ثالثا: تطبيق عيب الإكراه
226	 الفقرة الثانية: تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق
229	 الفقرة الثالثة: التدخل القضائي بالاستناد على مبدأ وجوب تنفيذ العقد بحسن نية..
232	 أولا: عدم الغش في التعاقد
233	 ثانيا: تعاون المتعاقدين في تنفيذ العقد
	المطلب الثاني: تعديل الشرط الجزائي بداية الاعتراف بحق الطرف الضعيف
236	 المستهلك في الأمن التعاقدى
	 الفقرة الأولى: مقارنة بين موقف التشريع المغربي والفرنسي في تدبير إشكالية
238	 تعديل الشرط الجزائي
238	 أولا: موقف المشرع المغربي من تعديل القاضي للشرط الجزائي
243	 ثانيا: موقف المشرع الفرنسي من تعديل القاضي للشرط الجزائي
247	 الفقرة الثانية: حدود صلاحية القاضي في تعديل الشرط التعسفي
247	 أولا: تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه
251	 ثانيا: تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي
255	 ثالثا: الزيادة في الشرط الجزائي
	المبحث الثاني: المداخل القانونية الموجهة للتدخل القضائي الإيجابي في ظل
261	 القواعد الخاصة بالاستهلاك
262	 المطلب الأول: النظام العام مدخل قضائي مهم لتعزيز الأمن التعاقدى
263	 الفقرة الأولى: مضمون النظام العام في النظام التعاقدى الاستهلاكي
269	 الفقرة الثانية: النظام العام مصدر الإثارة التلقائية كدور قضائي
274	 المطلب الثاني: مظاهر أخرى للتدخل الإيجابي للقاضي
275	 الفقرة الأولى : توجيه قواعد التأويل العقدي لخدمة الأمن التعاقدى

275	أولاً: حدود الدور القضائي في أعمال قواعد التفسير.....
284	ثانياً: توجيه تأويل العقد لصالح مستهلك الخدمة.....
288	الفقرة الثانية: وقف تنفيذ عقد الخدمة بسبب الظروف الطارئة.....
289	أولاً: التحديد التشريعي للجهة المختصة بمنح الإمهال القضائي.....
292	ثانياً: الضوابط القانونية لاستفادة المستهلك المقترض من الإمهال القضائي
300	ثالثاً: الآثار المرتبة عن الإمهال القضائي.....
303	الفرع الثاني: تفعيل حق تمثيلية مستهلك الخدمة آلية لتعزيز الأمن التعاقدي.....
304	المبحث الأول: الضوابط القانونية لضمان حق تمثيلية المستهلك من طرف الجمعيات
	المطلب الأول: الشروط العامة لممارسة الجمعيات الدور التمثيلي دفاعاً عن
305	مصالح مستهلك الخدمة.....
305	الفقرة الأولى: العمل الحصري في مجال حماية المستهلك.....
307	الفقرة الثانية: التوفر على نظام أساسي نموذجي.....
308	المطلب الثاني: الحصول على صفة المنفعة العامة أو الإذن بالتقاضي.....
308	الفقرة الأولى: ضرورة توفر الجمعية على صفة المنفعة العامة.....
313	الفقرة الثانية: حصول الجمعية على الإذن بالتقاضي كاستثناء.....
	المبحث الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك في تعزيز الأمن التعاقدي من بوابة
316	الدعوى.....
	المطلب الأول: الدور التدخل للجمعيات في الدعوى لحذف البنود التعسفية أو غير
317	المشروعة.....
317	الفقرة الأولى: دعوى حذف البنود التعسفية بمناسبة دعوى جارية.....
317	أولاً: ضرورة وجود دعوى جارية أمام القضاء.....
319	ثانياً: مظاهر المرونة المميزة للدعوى.....
	الفقرة الثانية: إقامة دعوى حذف البنود التعسفية كدعوى مستقلة ضماناً للأمن
323	التعاقدي لمستهلك الخدمة.....
326	المطلب الثاني: ممارسة الدعاوى دفاعاً عن المصالح الجماعية لمستهلك الخدمة.....
326	الفقرة الأولى: ممارسة الجمعيات لدعوى التمثيل المشترك.....
327	أولاً: طبيعة دعوى التمثيل الفردية.....
328	ثانياً: الشروط الخاصة بممارسة دعوى التمثيل الفردية.....

333	الفقرة الثانية: الدعوى المدنية
339	الفصل الثاني : ضمانات الأمن التعاقدى لمستهلكي الخدمة المرتبطة بنظام المسؤولية...
340	الفرع الأول: التطورات النوعية للمسؤولية وأثرها على الأمن التعاقدى.....
	المبحث الأول : الحسم التشريعي مع مبدأ جواز الاتفاق على المسؤولية في التعاقد
341	الاستهلاكي
342	المطلب الأول: جواز الاتفاق على تعديل المسؤولية العقدية كمبدأ.....
342	الفقرة الأولى : محدودية الاتفاقات المشددة للمسؤولية.....
344	الفقرة الثانية: شيوع الاتفاقات المعفية والمخففة للمسؤولية.....
349	المطلب الثاني: تعامل جديد مع الاتفاقات المعدلة للمسؤولية في التعاقد الاستهلاكي....
	الفقرة الأولى : اتصاف الاتفاقات المعدلة للمسؤولية بالصفة التعسفية في قانون
349	الاستهلاك المغربي
354	الفقرة الثانية: حظر قانون الاستهلاك الفرنسي لاتفاقات المسؤولية.....
356	المبحث الثاني: اتساع نطاق المسؤولية المدنية لمورد الخدمة في عقد الخدمة الاستهلاكي
356	المطلب الأول: المسؤولية الناتجة عن إخلال المورد بالالتزام بالإعلام.....
	الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية للمسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام
357	بالإعلام من طرف المورد
357	أولا: الطبيعة العقدية للمسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام....
360	ثانيا: الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام.
361	الفقرة الثانية: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام.....
362	أولا: الجزاء المدني.....
365	ثانيا: الجزاء الجزري.....
366	المطلب الثاني: خصوصية المسؤولية عند إدراج البنود التعسفية.....
367	الفقرة الأولى: ضمان استمرارية عقد الخدمة مع إبطال البند التعسفي.....
	الفقرة الثانية: المزاوجة بين آلية النفاذ المعجل والغرامة التهديدية لضمان
370	نجاحة التنفيذ
370	أولا: شمول الحكم بالنفاذ المعجل.....
372	ثانيا: اقتران الحكم بالغرامة التهديدية.....

	الفرع الثاني: استحداث المسؤولية الجزية وإقرار المسؤولية التأديبية ضماناً لتحقيق
375	الأمن التعاقدى.....
376	المبحث الأول : استحداث المسؤولية الجزية كتدبير إضافي لتعزيز الأمن التعاقدى
377	المطلب الأول: التجريم كآلية تدخلية لخدمة الأمن التعاقدى.....
378	الفقرة الأولى: المبررات والأهداف التشريعية من التجريم في التعاقد الاستهلاكي
382	الفقرة الثانية: نطاق التدخل الجزى.....
382	أولاً: حالة استغلال ضعف وجهل المستهلك.....
386	ثانياً: التدابير الجزية الهادفة لضمان استفادة المستهلك من الخدمة.....
390	المطلب الثاني: خصوصية مقتضيات الجزية في التعاقد الاستهلاكي.....
390	الفقرة الأولى: تبني العقوبات المالية كأصل.....
392	الفقرة الثانية: تشديد المسؤولية الجنائية للمورد الشخص المعنوي.....
398	المبحث الثاني: دور سلطات الضبط المستقلة في إقرار مسؤولية المورد المهني....
399	المطلب الأول: دور بنك المغرب في إقرار المسؤولية التأديبية للبنوك.....
400	الفقرة الأولى: إقرار مسؤولية البنك الممتنع عن فتح الحساب البنكي.....
401	الفقرة الثانية: تجاوز السعر الأقصى للفائدة من طرف مؤسسات الائتمان.....
	المطلب الثاني: دور الهيئة المستقلة لمراقبة قطاع التأمين والوكالة الوطنية لتقنين
403	المواصلات.....
404	الفقرة الأولى: الهيئة المستقلة لمراقبة قطاع التأمين.....
405	الفقرة الثانية: تقوية دور الوكالة الوطنية في ضبط عقود خدمات الاتصال
409	خاتمة.....
415	لائحة المراجع والمصادر.....
454	الفهرس.....

مقتضب عن الأطروحة

يعتبر الأمن عموماً بأنه شعور الفرد في الجماعة بالطمأنينة والثقة والاستقرار، وقد خص الدين الإسلامي مفهوم الأمن بعناية بالغة، كما أنه أصبح ضمن الالتزامات الأساسية للدولة، ومن الحقوق الدستورية لكل مواطن.

لذلك أضحت الدولة تتدخل من أجل توفير الأمن في مختلف المجالات من باب الواجب القانوني و الحوقي للمواطن، حيث تسعى لتحقيق الأمن العمومي عبر التصدي لظاهرة الجريمة و مسبباتها، و تسعى لضمان الأمن الاقتصادي من خلال سياسة عمومية اقتصادية رشيدة، غير أن ضمان الأمن التعاقدي للمستهلك بصفة عامة، و لمستهلكي الخدمات بصفة خاصة، يتطلب ضمان مجموعة الحقوق و المبادئ المنصوص عليها قانونياً والواجب احترامها من طرف المهنيين موردي الخدمات في جميع مراحل التعاقد الاستهلاكي، بما يساعده على التوقع المسبق لآثار العقد، و تحقيق الرضا المستنير له، و كذا الحماية بمختلف أبعادها القانونية و القضائية و الإدارية من السلطة و الهيمنة الاقتصادية لموردي الخدمات على العملية التعاقدية و آثارها .

ونظراً لأهمية حماية مستهلكي الخدمات قانونياً و اقتصادياً و اجتماعياً، وما أصبح لعقود الخدمات من أهمية في النسيج الاقتصادي، وأمام القوة التي يتوفر عليها موردو الخدمة اقتصادياً ومالياً وتقنياً، وما راكموه من خبرة في مجال التعاقد في مقابل تواجد مستهلك خدمة ضعيف قانونياً واقتصادياً يتعاقد خارج اختصاصه، مما جعل هذا الأخير في حاجة للأمن التعاقدي .

ومع تبني المشرع المغربي لنظرية حماية المستهلك بصدور القانون 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك، كقانون مكمل للمنظومة التعاقدية المغربية، وما جاء به من مقتضيات حماية موضوعية و إجرائية للمستهلك بصفة عامة، و مستهلك الخدمة بصفة خاصة، جعل بحثنا في هذه الأطروحة باعتمادنا لمنهج تحليلي وصفي معززا بدراسة مقارنة يرصد مختلف الآليات والضمانات المؤسسة للأمن التعاقدي لمستهلكي الخدمة، وكذلك مختلف المعوقات التي تحد من ضماناته في مختلف مراحل التعاقد الاستهلاكي مع محاولتنا استشراف آفاقا لتطوير هذه المقتضيات من خلال طرح رؤيتنا للتوظيف الأمثل لتحقيق التناغم و الانسجام بين مختلف هذه الآليات القانونية و القضائية والإدارية للحصول على الأمن التعاقدي لهذه الفئة من المستهلكين

الكلمات المفتاحية: الأمن التعاقدي، عقود الخدمات، مستهلك الخدمة، مورد الخدمة، البنود التعسفية، التوازن العقدي.