جامعـــــــــة 8 ماي 1945 قالمـــــــــة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الندوة الوطنية –حضورية/ عن بعد– بعنوان:

الممارسات التجارية بين الاباحة والتجريم

يوم 21 نوفمبر 2023

استمارة المشاركة

اللقب والإسم: بوشارب إيمان

التخصص: قانون

الوظيفة: أستاذة

الرتبة العلمية: أستاذة محاضرة "أ"،

المؤسسة: جامعة 08 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية.

الهاتف: 06 71 30 75 64

البريد الإلكتروني: bouchareb.univ@gmail.com

محور المشاركة: المحور 2

مداخلة موسومة بـ:

الممارسات التعاقدية التعسفية بين منطق الإباحة والنص على التجريم

مقدمة:

يقوم العقد كأصل عام على مبدأ هام هو مبدا سلطان الإرادة الذي مفاده التحديد الإتفاقي لمضمون العقد بكل حرية مادامت هذه الحرية تدور في فلك النظام والآداب العامين، إلا أن هذه المثالية هي اليوم استثناء في ظل التطور الاقتصادي الحاصل وظهور ما يعرف بـ عقود الإستهلاك كعقود إذعان بامتياز، في ظل تبني الجزائر لسياسة اقتصاد السوق ، حيث اصبح المتعامل الاقتصادي هو صانع العقد وعليه باتت مسألة تعسفه وإرجاح الكفة لمصلحته أمر وارد ومألوف، إذ يتفنن في وضع بنود تخدم مصالحه على حساب مصالح الستهلكين المتعاقدين معه، وهو ما يشكل ممارسة تعاقدية تعسفية.

تعتبر الممارسات التعاقدية التعسفية صورة من صور الممارسات التجارية غير النزيهة، تجد أساسها القانوني في ظل القوانين المتعلقة بالإستهلاك في القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1]، حيث خصص لها المشرع مادتين قانونيتين في إطار الفصل الخامس " الممارسات التجارية غير النزيهة"، هما المادة 29 والمادة 30 منه، كما يعتبر المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية [2]جزء مهما من هذا النظام القانوني، ونفس الشيء بالنسبة للقانون المدني[3] الذي يمثل جزءا لا يمكن الإستغناء عنه حيث يعتبر الأساس المباشر لمسألة الجزاءات المدنية أمام الطابع الجزائي للقوانين المتعلقة بحماية المستهلك.

جاءت هذه الورقة البحثية بهدف النظر في مدى وجود تناسق وتناغم في هذا النظام القانوني للممارسات التعاقدية التعسفية المتناثر بين القواعد العامة والخاصة،

وعليه، فإن **إشكالية** الدراسة كالآتي:

ما مدى نجاح المشرع في إرساء نظام قانوني خاص بالممارسات التعاقدية التعسفية متكامل جدير بتحقيق حماية فعالة للمستهلك؟؟؟

من أجل الإجابة على الإشكالية، سيتم الإعتماد أساسا على **المنهج التحليلي والوصفي**.

بالنسبة **لخطة الدراسة**، سيتم تقسيم هذه الورقة البحثية لدراسة ماهية الممارسات التعاقدية التعسفية و ذلك في المحور الأول ثم التطرق لمسألة الحماية من الممارسات التعاقدية التعسفية في المحور الثاني. كما يلي:

---

[1] - القانون رقم 02/04، مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد41. المعدل والمتمم.

[2] - المرسوم التنفيذي رقم 306/06، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد56، المعدل والمتمم.

[3] - الأمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، المعدبل والمتمم.

المحور الأول: ماهية الممارسات التعاقدية التعسفية

المحور الثاني: الحماية القانونية من الممارسات التعاقدية التعسفية.

المحور الأول: ماهية الممارسات التعاقدية التعسفية

يقصد بالممارسات التعاقدية التعسفية أن يتضمن العقد المبرم بين المتعامل الاقتصادي والمستهلك شروطا تعسفية، لذا فإن تحديد الإطار المفاهيمي للممارسات التعاقدية التعسفية هو دراسة في الشروط التعسفية، وعليه، سيتم تعريف الشرط التعسفي (أولا)، ثم تمييزه عما يلتبس به من أنظمة(ثانيا)

أولا: تعريف الشرط التعسفي

1- التعريف الفقهي للشرط التعسفي:

عرفه أحمد محمد محمد الرفاعي بأنه: " شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الإقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة..."[1].

كما عرفه **السيد محمد السيد عمران** بأنه: " الشرط التعسفي، هو الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في إستعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"[2].

فيما اعتمد الفقه الفرنسي الحديث في تعريفه للشرط التعسفي على فكرة التحرير المسبق للعقد الذي من شأنه أن يخلق عدم التوازن الظاهر بين مصلحة الطرفين، فقد عرفه الأستاذان Jean Calais Auloy وFrank Steinmetz، كما يلي:

" هو تعسفي، كل شرط حرر مسبقا من قبل الطرف الأكثر قوة، مما يخلق عدم توازن واضح على حساب الطرف الأكثر ضعفا "[3].

ركز هذا التعريف على الطريقة التي يفرض بها الشرط التعسفي في العقد، و هي التحرير المسبق من قبل الطرف القوي. إضافة لأنه لم يحدد أطراف عقد الإستهلاك بدقة، حيث فضل الإشارة للمراكز التعاقدية للطرفين المتعاقدين بشكل يشمل كل الأشخاص بغض النظر عن إنتماءهم لفئة معينة، حيث اكتفى بالقول بأن يكون أحدهم في مركز ضعف و الآخر في مركز قوَة.

---

[1] - أحمد محمد محمد الرفاعي: " الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي "، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص 215.

[2] - السيد محمد السيد عمران: " حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك"، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 2003، ص49.

[3] - " Est abusive, la clause qui prérédigée par la partie la plus puissante crée un déséquilibre significatif au détriment de la partie la plus faible ". Voir : Jean Calais-Auloy, Frank Steinmetz : « droit de la consommation », Dalloz, Paris, 2006, p 185.

2- التعريف القانوني للشرط التعسفي:

عرف المشرع الشرط التعسفي في **الفقرة الخامسة من المادة من 3** من القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية على انه : " **شرط تعسفي**: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد".

إن الملاحظ من نص هذه المادة، أنه جاء عاما، يصلح وضعه في أي إطار قانوني آخر غير قانون الإستهلاك، فهو لا يعكس الهدف من تقرير الحماية من الشروط التعسفية و هو المستهلك، لأنه لم يحدد أطراف العقد بدقة، كما أن عدم التحديد هذا يعطي إنطباعا لتقرير نفس درجة الحماية للطرفين دون تفضيل ما لا يتسم و غاية نظام الشروط التعسفية في تحقيق حماية قانونية للمستهلك تحديدا في مواجهة المتعامل الإقتصادي.

يمكن في النهاية تعريف الشرط التعسفي، على أنه: ذلك البند التعاقدي الصادر عن المتعامل الاقتصادي بصورة منفردة، في مواجهة المستهلك، والذي ينجم عن فرضه إخلالا ظاهرا بين حقوق والتزامات الطرفين بشكل يجحف بمصالح المستهلك.

ثانيا، تمييز الشرط التعسفي عما يلتبس به من أنظمة

سيتم من خلال هذه النقطة إبراز ذاتية الشرط التعسفي من خلال تمييزه عن نظرية التعسف في استعمال الحق، عن الشرط غير المشروع وعن الشرط النموذجي:

1/ الشرط التعسفي ونظرية التعسف في استعمال الحق:

إن اشتراك كل من الشرط التعسفي و نظرية التعسف في استعمال الحق في لفظ و فكرة التعسف من شأنه أن يحدث لبسا بين الفكرتين، يجدر الخوض فيها و وضع كل نظرية في نصابها.

أ- قيام الشرط التعسفي على فكرة التعسف:

يظهر من تسمية هذا الشرط قيامه على فكرة التعسف. والتعسف لغة هو الإستخدام السيء أو إساءة الإستخدام، أما في القانون فهو الإستخدام الفاحش لحق أو سلطة أو وظيفة من قبل صاحبها.[1] ويقابل مصطلح التعسف باللغة الفرنسية مصطلح " Abus".

في المجال العقدي، لطالما نظم القانون ثلاث أنواع من الشروط و معيار التفرقة بينها هو مدى اقترابها أو ابتعادها عن النظام العام، إذ نجد شروطا غير مخالفة للنظام العام و هي شروط صحيحة، و هناك شروط مخالفة للنظام العام و هي شروط غير شروعة و مآلها البطلان المطلق، و شروط تعسفية، و هي شروط بين الإباحة و الحظر، فهي مباحة إلى حين رفع دعوى بإعادة النظر فيها و صدور حكم بإلغاءها

[1]- درماش بن عزوز: " التوازن العقدي"، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014/2013، ص 136.

أو بصفة عامة تجريدها من طابع التعسف. وفي عقود الإستهلاك فإن تنظيم المشرع للشروط التعسفية قائم على فكرة وجود تعسف من قبل المهني يمارسه على المستهلك مستغلا مركزه القوي وسلطته في صياغة البنود بطريقة انفرادية و مسبقة، إذ تكيف هذه الكتابة على أنها اساءة استعمال لرخصة التعاقد تأسيسا على مبدأ سلطان الإرادة.

ب- مدى ارتباط الشرط التعسفي بنظرية التعسف في استعمال الحق:

إن أول المسائل التي تتبادر إلى الذهن بمجرد استقراء النظام القانوني للشرط التعسفي هو نظرية التعسف في استعمال الحق بحيث يظهر مبدئيا وجود صلة بينهما بأن يعتبر الأول تطبيقة للثانية، فما مدى صحة هذا الطرح؟

نظرية التعسف في استخدام الحق هي نظرية عريقة عرفها القانون الروماني منذ القدم[1]. من الناحية القانونية هي نظرية تقوم على فكرة تقييد استعمال الحق في كل مرة يؤدي فيها هذا الإستعمال إلى الإضرار بمصالح الغير، و هذا في الواقع انعكاس لقاعدة أخلاقية و اجتماعية معروفة مفادها أن " حريتك تتوقف عند حرية الآخرين".

انتشرت نظرية التعسف في استعمال الحق سريعا بعد القانون الروماني، فانتقلت منه إلى فرنسا على يد الفقيه Domat، كما عرفتها الشريعة الإسلامية كقاعدة أخلاقية و دينية، حيث يظهر لك في القرآن و السنة[2].

احتلت نظرية التعسف في استعمال الحق مكانة هامة في القانون المدني الجزائري، قبل تعديل القانون المدني في سنة 2005 بموجب القانون رقم 10/05، حيث كان منصوص عليها في **المادة 41** من الكتاب الأول الموسوم بـ" أحكام عامة"، مما جعل منها نظرية صالحة للتطبيق على كل الإلتزامات و الحقوق بغض النظر عن مصدرها. إلا أن المشرع قد فضل بعد هذا التعديل، نقلها إلى **المادة 124 مكرر** محافظا على مضمونها، الذي جاء في شكل نص لأهم حالات التعسف في استعمال الحق و التي بتوفرها يقوم الخطأ في نظام المسؤولية المدنية على الفعل الشخصي، حيث نصت على أنه: " يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ، لا سيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

[1]- العربي بلحاج: " النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري"، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 1995، ص 112.

[2]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص112.

بالرغم من تشابه التسمية بين الشرط التعسفي و التعسف في استعمال الحق و قيامهما على فكرة التعسف، إلا أن الربط بينهما غير معقول انطلاقا من القانون المدني نفسه، الذي فضل اقصار نظرية التعسف في استعمال الحق على المسؤولية عن الفعل الشخصي و بالتالي على الإلتزامات التي مصدرها الفعل غير المشروع دون المصادر الأخرى و منها العقد. و عليه، فالشروط التعسفية هي نظام مستقل عن نظرية التعسف في استعمال الحق.

2/ تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع:

من الناحية الإصطلاحية، يختلف الشرط غير المشروع عن الشرط التعسفي، و ان كان المشرع يرمي لمفهوم واحد ما كان قد خصص لكل منهما مسما خاص، و حتى باللغة الفرنسية فالشرط غير المشروع هو " la clause illicite" أما الشرط التعسفي فهو "la clause abusive ". من الناحية القانونية، تحتل الإتفاقات في المجال العقدي مركزا مهما من الناحية القانونية، فهي تسمو على القواعد المكملة مهما كانت أهميتها، فكل العقود مبنية على الإتفاق الذي يترجم في بنود تعاقدية تكون صحيحة ما دامت غير مخالفة لقواعد القانون الآمرة، فمتى خالفتها فهي بنود غير مشروعة بغض النظر عن المراكز القانونية للأطراف. أما الشروط التعسفية فإن مجالها هو عقود الإستهلاك بإعتبارها عقود عدم التوازن في المراكز القانونية، و لا يمكن أن تمتد للعقود التي تتسم بالتوازن، إذ يكمن مناط التعسف في ذلك الإخلال الظاهر بين حقوق و إلتزامات الأطراف الذي يحدثه وجود مثل هذه البنود كونها تخدم مصالح المهنيين و تتعسف في حق المستهلكين، بالرغم من أنها تبدو في الظاهر بنودا إتفاقية محظى لأنَ المهني غالبا ما يلزم المستهلك بأن يكتب عبارة قرأت العقد و وافقت عليه إضافة إلى الإمضاء و بالتالي فالشرط التعسفي، ليس الشرط الذي يخالف النصوص الآمرة كما يجسده مفهوم الشرط غير المشروع، بل هو التعسف في استعمال رخصة مشروعة في الأصل هي حرية التنظيم الإتفاقي للعقد.

أما من ناحية تعامل القضاء، يختلف تعامل القاضي مع الشرطين، فإذا وجد شرطا غير مشروع في العقد، يقضي القاضي ببطلانه من تلقاء نفسه و لو لم يتمسك الخصوم به أما إذا وجد شرطا تعسفيا فإن القاضي لا يقرره من تلقاء نفسه، بل يجب أن يكون محل دعوى مباشرة للنظر فيه. و قد وضحت الفرق بين الشرطين، محكمة إستئناف Grenoble، الغرفة المدنية الأولى، في القضية بين UFC[1] بصفتها مستأنفة و Association Clevacances مستأنف عليها في قرارها الصادر في 15 جانفي2008 و الذي تمحور موضوعه حول إلغاء الشروط التعسفية و غير المشروعة جبرا للضرر العام الذي أصاب المستهلكين من عقود تأجير المنازل النموذجية الصادرة عن Association Clevacances، حيث جاء في حيثيات القرار أن الشرط غير المشروع هو الشرط الذي يعارض حكما من النظام العام، و عليه فإن البند الذي يقضي بأن مبادرة المالك (المؤجر) بالعدول عن العلاقة العقدية لا ينجر عنه رد العربون الذي قدمه المستهلك (المستأجر) هو بند مخالف للقواعد العامة التي تقضي بأنه إذا عدل من قبض العربون رده و مثله وفقا

[1] - الإتحاد الفدرالي للمستهلكين = Union Fédérale des consommateurs.

للمادة 1590 من القانون المدني الفرنسي و **المادة 114 فقرة 1** من قانون الإستهلاك، و هته الأحكام من النظام العام.

أما بالنسبة للبند الذي لا يُمكّن المستأجر من أن يحضر أشخاصا زائدين عن العدد المذكور في العقد إلى البيت، إلا بعد أخذ رأي المؤجر فقد إعتبرته المحكمة شرطا تعسفيا، ذلك أن المألوف في عقود الإيجار أن المستأجر يدفع بدل إيجار المحل ككل بصرف النظر عن ما يسعه من أماكن مقارنة بعدد الأشخاص و الذي يبقى عمل الفنادق.[1]

رغم وضوح معالم الشرطين و الآثار المترتبة عن كليهما فيظل القانون المدني، فإنه و في ظل القواعد الخاصة يصعب وضع فرق بينهما، على أساس أن القواعد الخاصة قد جرمت الممارسات التعاقدية التعسفية، و لم تنص على جزاء مدني في المقابل و هنا تختلط كل المفاهيم السابقة لأن تجريم فعل ما هو نقله من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم و الحظر و جعله متعلق بالنظام العام. مما يعني أن الجزاء المدني المناسب أمام هذا التجريم هو البطلان تماما كما الشرط غير المشروع، إلا أننا نجد المشرع قد خول القاضي صلاحية توقيع الجزاء المدني بموجب **المادة 110** من المدني. و ندعو المشرع إلى تسوية المسألة.

3/ تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي:

الشرط النموذجي la clause type، هو ذلك البند المعد مسبقا من قبل أحد أطراف العقد لاستعمال عام و متكرر، بصورة غير قابلة للتفاوض و يشكل مجموع هذه البنود الشروط العامة للعقد، و لما كانت مفروضة فإن قبول التعاقد يبقى قبولا ظاهريا وهميا في كثير من الأحوال. و إن كان هذا القبول الظاهري لا يطرح إشكالا متى كانت الشروط النموذجية عادية و تحقق مصالح متوازنة لطرفي العقد، فإن الأمر ليس كذلك عندما تكتسب هذه الأخيرة لونا تعسفيا، نتيجة إستغلال المتعاقد القوي و هو المهني لمركزه التعاقدي قبل المتعاقد الضعيف و هو المستهلك. إن التداخل بين الشرط التعسفي و الشرط النموذجي كبير و واضح، إذ يعبر الأول عن وصف للثاني، فالشرط النموذجي قد يتسم بالتوازن، و هنا يكون شرط نموذجي عادي بمفهومه الإيجابي، و قد يظهر باللون التعسفي و هنا يكون شرط نموذجي تعسفي و هو مفهومه السلبي، إلا أن الشرط التعسفي يتميز عن الشرط النموذجي، كونه يصدر في مواجهة مستهلك بصدد عقود الإستهلاك إستغلالا لمركزه الضعيف، و أما الشرط النموذجي فمجاله غير محدد، لا من حيث الأشخاص و لا من حيث العقود فقد يمتد لعقود كثيرة، حتى لتلك التي يبرمها المهني حينما يتعامل مع باقي المهنيين، و لتلك العقود التي تحدد أهم بنودها بنصوص قانونية كالشروط النموذجية الملزمة في عقود الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة[2].

---

[1] - Cour d'appel de Grenoble, chambre civile 1, Audience publique du 15 Janvier 2008, N° de RG: 05/3326. Voir l'arrêt complet sur le site: www.l'égifrance.gouv.fr

[2] - أنظر المواد 11، 12 13، 14،15، 16 من الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 10 جانفي1996، المتعلق بالإعتماد الإيجاري، جريدة رسمية عدد3، مؤرخة في 14 جانفي 1996.

المحور الثاني: الحماية القانونية من الممارسات التعاقدية التعسفية

هناك عديد الآليات المباشرة التي جاء بها المشرع في القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية وكذا تلك التي نص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 306/06، إضافة لما جاء النص عليه في القانون المدني، حيث تتمثل هذه الآليات فيمايلي:

- **التحديد القانوني للعناصر الأساسية الواجب تضمينها في عقد الإستهلاك،**
- **اعتماد أسلوب قوائم للشروط التعسفية،**
- **إقرار حق المستهلك في التفكير عن طريق الزام المهني بمنح المستهلك فرصة لفحص العقد و ابرامه و يعتبر من أحدث الآليات في مجال الشروط التعسفية،**
- **-استحداث لجنة الشروط التعسفية كجهاز يحمي المستهلك في هذا المجال،**
- **الجزاءات المدنية والجزائية المباشرة في مجال الممارسات التعاقدية التعسفية،**
- **غرامة المصالحة.**

تناسبا مع عنوان وفكرة المداخلة وتجنبا للإطالة سيتم التركيز على الآليات التي وجدنا فيها تناقض لدى المشرع أو اشكال في التطبيق في مجال الممارسات التجارية التعسفية تتمثل في كل أسلوب القوائم، ، منح المستهلك فرصة للتفكير، سلطة القاضي المدني إزاء الشرط التعسفي في عقود الإستهلاك وكذا الجزاء الجزائي للشرط التعسفي، غرامة المصالحة في أربع نقاط متتالية:

أولا: إعتماد أسلوب القوائم

إعتمد المشرع الجزائري في تحديده للشروط التعسفية على أسلوب إعداد قوائم تضم جملة من أهم الشروط التعسفية التي تحوز هذه الصفة بقوة القانون.

و لعل أهم ميزة لهذا الأسلوب تتعلق بعدم الحاجة **لإثبات** اللون التعسفي للبند الذي يبقى مفترضا في إطار ما ذكر من شروط في هذه القوائم، أما خارجها، فالبينة على من إدعى وفقا للقواعد العامة، إذ يقع على المستهلك عبء إثبات أن الشرط المتنازع فيه ورد بشكل تعسفي.

وعن محتوى هته القوائم فقد أحدث المشرع الجزائري قائمتين بالشروط التعسفية، حدد الأولى بموجب القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية وأورد الثانية في المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية.

لعل أهم ملاحظة نبديها هنا هو نقل المشرع الوطني لفكرة القوائم من نظيره الفرنسي، إلا أن هذا النقل لم يكن مستصاغا، فإذا كان المشرع الفرنسي قد نص على قائمتين بالشروط التعسفية إحداهما سوداء والأخرى رمادية، فهو في المقابل قد نص على الجزاء المدني المتمثل في اعتبار الشرط كأن لم يكن،

بعكس المشرع الوطني الذي في غياب مثل هذا الجزاء تبقى فعالية هذه القوائم في أحكام الإثبات فقط خاصة للقاضي الجزائي من أجل إثبات أركان جريمة الممارسة التعاقدية التعسفية.

ثانيا: منح المستهلك وقتا كافيا لفحص العقد و ابرامه

تنص **المادة 4** من المرسوم التنفيذي رقم 06 /306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، على أنه: " يتعين على العون الإقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة و الخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات و منحهم مدة كافية لفحص العقد و إبرامه".

إن المقصود بمنح المستهلك وقتا كافيا لفحص العقد و ابرامه، هو تمكينه من التمعن في بنود العقد و قراءتها القراءة المتأنية بإعطاءه فرصة تتمثل في وقت كاف للقيام بذلك، و هو حق يثبت للمستهلك في مرحلة ابرام العقد، لذا فهو يتميز عن حق العدول، حتى من ناحية الترجمة للغة الفرنسية، حيث يقابل أجل التفكير "Délai de reflexion" و يقابل حق الرجوع"Droit de rétraction"، و قد كان الفرق بين المفهومين واضحا عند المشرع الجزائري بعكس المشرع الفرنسي الذي أشار لمدة التفكير قاصدا حق العدول حينما نظم أحكام البيع بالمنزل بموجب نص **المادة 121-26** من قانون الإستهلاك الفرنسي، حيث إستخدم في المادة عبارة Délai de réflexion و الأصح هو Délai de rétraction، ذلك أن حق الرجوع هو التراجع عن قرار قد تم أخذه خلال مدة زمنية معينة و هو هنا قرار التعاقد بعكس أجل التفكير الذي يكون في مرحلة إبرام العقد و قبل القيام الفعلي بذلك.

إن منح المستهلك فرصة لفحص العقد و ابرامه، هو ما سيعطيه فرصة للتفكير و التمعن فيما إذا كانت بنود العقد تخدم مصالحه أو لا، و هو الأمر الذي ن شأنه أن يساعد في إعادة التوازن في العلم بين الطرفين، نظرا لإمكانية استعلام المستهلك حول بند مبهم أو بند لم يستع فهمه أو حتى الإستعلام على مسائل يراها المستهلك ضرورية و رغم ذلك لم تتم الإشارة إليها في العقد، إلا أن هذا التمكين لا يقصد به فتح باب التفاوض و مناقشة بنود العقد، و منه فتح المجال لتعديله وفقا للإرادة المشتركة لأطرافه، فهذا الإلتزام لن يغير من طبيعة عقد الإستهلاك كعقد إذعان، لا يملك فيه المستهلك سوى حق الموافقة على العقد برمته أو رفضه برمته و هو روح الإذعان و لن يغير هذا الإلتزام منه شيئا، إلا أنه بالمقابل سيمنح المستهلك حق الرفض أو القبول عن قناعة.

إن منح المستهلك وقتا كافيا لفحص العقد و ابرامه من شأنه انقاص النزاعات القضائية التي قد تحصل في المستقبل بسبب تنفيذ العقد، بالتالي تجنب كل سلبيات المطالبة القضائية كطريق علاجي معقد و طويل، شبهه البعض بالمدفعية الثقيلة التي لا تتحرك إلا ببطء و صعوبة شديدين.[1]

وعن تقييم التنظيم القانوني الخاص بمنح المستهلك وقتا كافيا لفحص العقد و ابرامه، اكتفى المشرع بمادة وحيدة هي **المادة 04** من المرسوم التنفيذي رقم 06 /306 الذي يحدد العناصر الأساسية

[1]- فدوى قهواجي: " ضمان عيوب المنتوج فقها و قضاءا"، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 210.

للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، اكتفى فيها بذكر هذا الإلتزام فقط، الأمر الذي يوقعه بالتأكيد في شباك الإنتقاد أمام عدم توضيحه لأحكام و معالم هذا الإلتزام بالقدر الذي يستحقه أو على الأقل بالقدر الأدنى منه.

يتعلق الإنتقاد الأول، بمدة التفكير حيث لم يحددها المشرع و اكتفى بالقول بأن تكون كافية، كما لم يشر لمعايير تحديدها، فهل يُنظر لكفاية المدة بناء على معيار شخصي أي بالنظر للمكنات و القدرات الذهنية لكل مستهلك على حدا ، أم بالنظر لمستهلك متوسط وفقا للمعيار الموضوعي، أم الإبتعاد عن شخص المستهلك و الإعتماد على ظروف و طبيعة العقد و إلى محل الصفقة، و عليه فإن مثل هذا الفراغ التشريعي من شأنه إحداث تباين في الأحكام القضائية مستقبلا نظرا للدور التقديري للقاضي هنا أمام غياب النص الصريح.

أما الإنتقاد الثاني، فهو سكوت المشرع عن تبيان جزاء عدم تمكين المستهلك من فحص العقد و إبرامه، الأمر الذي يُفقد هذا الإلتزام فعاليته المطلوبة.

إلا أن ما يُحسب للتنظيم رقم 06 /306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية هو تعميم هذا الإلتزام على كافة عقود الإستهلاك دون تقصيره على عقد معين.

ثالثا: جزاء الشروط التعسفية

سيتم التطرق في فرعين إلى الجزاءات الجزائية من خلال الفرع الأول، ثم إلى الجزاءات المدنية و ذلك في الفرع الثاني.

1- جزاءات الشرط التعسفي ذات الطابع الجزائي:

يمتاز القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم، بطابعه الجزائي، لذلك فالقضاء الجزائي هو المجال الواسع و الخصب لقمع الجرائم المتعلقة بهذا القانون، و بصفة خاصة جريمة الممارسات التعاقدية التعسفية محل البحث، لذا فإن عقوبة الممارسات التعاقدية التعسفية تتمثل في الغرامة. و إن كان يبدو للوهلة الأولى أن الغرامة جزاء خفيف لا يحقق الردع الكافي إلا أن العكس صحيح بالنظر لما يمثله عنصر المال من أهمية في الحياة الاقتصادية لأي مهني- عون إقتصادي-.

و إذا كانت الغرامة هي العقوبة الأصلية فإن العقوبات التكميلية هي الأخرى لها تأثير قد يتعدى التأثير الذي تحدثه العقوبة الأصلية، إذ قد يمس جوهر النشاط الإقتصادي، و سيتم في هذا المقام التطرق للعقوبات الأصلية أولا ثم التكميلية في نقطة ثانية.

أ/ العقوبات الأصلية:

العقوبة الأصلية هي تلك العقوبة التي يمكن الحكم بها بصورة مستقلة، دون أن تقترن بها أي عقوبة أخرى[1].

إن جريمة الممارسة التعاقدية التعسفية هي جريمة ذات طابع جنحي، ذلك أن المشرع الجزائري قد إختار لها عقوبة تعكس هذا التكييف و هي الغرامة، و قد جاء النص على الغرامة بوصفها العقوبة الأصلية لجنحة الممارسات التعاقدية التعسفية، في **المادة 38** من قانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، التي نصت على أنه: " تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة و ممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون، و يعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)".

بناء على النص فإن المهني الذي يفرض بنودا تعسفية على المستهلك يعاقب بغرامة تتراوح من 50.000 دج إلى 5.000.000 دج، بحسب تقدير القاضي.

تضاعف هذه العقوبة في حالة العود، كما يمكن فضلا عن ذلك معاقبة المهني- العون الإقتصادي- العائد، بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمسة أشهر وفقا **للمادة 11** من القانون رقم 06/10 المعدل و المتمم للقانون رقم 02/04.

إذا كان العون الإقتصادي شخصا معنويا و وفقا لقانون العقوبات في **مادته 18 مكرر**، فإن الغرامة المطبقة عليه تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للمهني عندما يكون شخصا طبيعيا، أي أن الغرامة المقررة للعون الإقتصادي في جنحة الممارسات التعاقدية التعسفية إذا كان شخصا معنويا تساوي خمسة ملايين دينار جزائري أو خمس مرات منها حسب تقدير القاضي الجزائي.

ب/ العقوبات التكميلية:

إلى جانب العقوبات الأصلية، هناك عقوبات تكميلية تضاف إليها إجباريا أو إختياريا[2].

نص قانون العقوبات على هذه العقوبات التكميلية في **المادة 9** منه فيما يخص الشخص الطبيعي، و في **المادة 18 مكرر فقرة 3** بالنسبة للشخص المعنوي.

تتمثل العقوبات التكميلية التي جاء بها القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المصادرة[3]، المنع من ممارسة النشاط بصفة مؤقتة[4]، نشر الحكم[5].

---

[1] - المادة 4 من قانون العقوبات، معدلة بالقانون رقم 23/06، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، جريدة رسمية عدد 84، مؤرخة في 24 ديسمبر 2006.

[2] - أنظر المادة 4 من قانون العقوبات.

[3] - المادة 44 من القانون رقم 02/04.

[4] - المادة 11 من القانون رقم 06/10 الذي يعدل و يتمم القانون رقم 02/04.

[5] - المادة 48 من القانون رقم 02/04.

الملاحظ بعد إستقراء نص **المادة 44** من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم و التي تتحدث عن المصادرة أنها لم تشمل صراحة حالة الممارسات التعاقدية التعسفية حينما تم تنظيمها، لذلك فإن العقوبات التكميلية في إطار جريمة الممارسات التعاقدية التعسفية وفقا لقانون 02/04، تتعلق بـ: عقوبة نشر الحكم و كذا المنع من ممارسة النشاط بصفة مؤقتة.

-عقوبة نشر الحكم:

عقوبة نشر الحكم عقوبة تكميلية للعقوبة الأصلية في قانون العقوبات الجزائري، يتم تطبيقها في حالات قليلة فهي جوازية في بعض الحالات و وجوبية في حالات أخرى، و هذا طبقا لنص **المادة 18** من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم 23/06 و التي تنص على انه:

" للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تأمر في الحالات التي يحددها القانون بنشر الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو أكثر يعينها، أو بتعليقه في الأماكن التي يبينها، و ذلك كله على نفقة المحكوم عليه، على أن لا تتجاوز مصاريف النشر المبلغ الذي يحدده الحكم بالإدانة لهذا الغرض، و ألا تتجاوز مدة التعليق شهرا واحدا".

إن الملاحظ على هذه العقوبة م أجل تقريرها هو وجوب النص عليها صراحة في نصوص القوانين الخاصة، و هو ما فعله المشرع في القانون رقم 02/04 إذ أجاز من خلال **المادة 48** منه للقضاء، الحكم على نفقة المحكوم عليه بنشر الحكم كاملا أو خلاصة منه في الصحافة الوطنية أو لصقه في الأماكن التي يحددها. و على خلاف الحال في القواعد العامة يستعين المشرع بجزاء نشر حكم الإدانة على نطاق واسع في الجرائم الاقتصادية، لما لهذا الجزاء من أثر فعال في مكافحتها، فهو يصيب المحكوم عليه في سمعته في الوسط العملي الذي يمارس فيه نشاطه، فليس أضر عليه من أن يسمع زبائنه من جماعة المستهلكين الذين يعتمد عليهم في كسبه، بممارسته التعسفية قبلهم، و بأنه غير نزيه و بالتالي لا يمكن الثقة فيه، فمما لا شك فيه أن التشهير بالمحكوم عليه بتعليق حكم إدانته على واجهة محله سيكون أبلغ أثرا من العقوبة الأصلية المتمثلة في الغرامة، التي يظل تنفيذها خافيا على المستهلكين.

-المنع من ممارسة أي نشاط بصفة مؤقتة:

أجاز المشرع الجزائري في **المادة 16 مكرر** من قانون العقوبات، للقاضي أن يحكم على المُدان، بالمنع من ممارسة النشاط لمدة 5 سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جنحة، متى تبين للقاضي أن الجريمة لها علاقة مباشرة بمزاولته.

أما في القانون رقم 02/04 فقد نص المشرع على هذه العقوبة في حالة العود وفقا **للمادة 47**، و قد جاء موقفه متشددا حينما عدّل هذه المادة بموجب القانون رقم 10/06، حيث نص في **المادة 11** منه على جواز منع المهني العائد المحكوم عليه من ممارسة أي نشاط دون تحديد بغض النظر عن كونه نشاطه الأساسي الذي حوكم بسببه كما كانت تقره **المادة 47** قبل التعديل ، و بغض النظر عن علاقة الجريمة

بالنشاط كما جاء في المادة 16 مكرر من قانون العقوبات. كما قام المشرع في **المادة 11** نفسها برفع المدة المقررة للمنع المؤقت حتى العشر سنوات. و هو ما ينطوي عن خطورة هذه العقوبة التكميلية التي يجدر على القاضي التفكير و التريَث قبل النطق بها.

2- سلطة القاضي في رفع التعسف عن الشرط، كجزاء مدني:

لم يصرح المشرع بجزاء مدني مباشر في ظل القواعد الخاصة، و اكتفى فقط بتجريم الممارسات التعاقدية التعسفية في ظل القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. الأمر الذي لا يخدم غالبا مصالح المستهلك، على أساس أن عقوبة الغرامة لن يستفيد منها هو، بل تصب لصالح الخزينة العمومية، لذا يبقى الجزاء المدني المعول عليه والوحيد هو الذي قررته المادة 110 من القانون المدني في إطار سلطة القاضي في عقود الإذعان، و التي جاء فيها على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وفقا **للمادة 110** من القانون المدني يملك القاضي صلاحية التعديل أو الإعفاء حسب سلطته التقديرية، و سيتم في نقطتين التطرق لهتين الصلاحيتين أولا ثم التعريف بطبيعة سلطة القاضي في مجال تعديل عقود الإذعان ثانيا.

تحدثت **المادة 110** من القانون المدني على جزائين، جزاء تعديل الشرط، وجزاء الإعفاء منه، يتعلق يملك القاضي سلطة مباشرة و صريحة للتدخل في تعديل عقود الإذعان، بغية استرجاع ما كانت تفتقده هذه العقود من مساواة بين طرفيها، عن طريق وجهين:

يتعلق الوجه الأول بتعديل الشروط التعسفية، و الذي يقصد به رد هذه البنود إلى المستوى المطلوب في الأحوال العادية، عن طريق التخفيف و التلطيف من وطأتها على المستهلك، فمثلا لو أن بندا يتعلق بتحديد بعيد للمحكمة المختصة في حال النزاعات عن المكان الذي يقطن فيه المستهلك و ظهر للقاضي أنه تعسفي، جاز له أن يعدل مكان اختصاص المحكمة إلى ما فيه مصلحة المستهلك بالدرجة الأولى، و مثل هذه السلطة في التعديل من شأنها أن تجرد الشرط من لونه التعسفي إلى شرط تعاقدي عادي لا ضرر من إعماله.

أما فيما يخص الوجه الثاني، أي توقيع جزاء الإعفاء من الشرط، فهو جزاء يرمي من وراءه إلى إعتبار الشرط باطلا.

والأولى أن يحاول القاضي تعديل الشرط، وبالتالي التخفيف والتلطيف من أحكامه، لخطورة جزاء الإعفاء الذي يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد برمته إذا كان الشرط جوهريا في العقد، أو اتضح أن العقد ما كان ليقوم دونه، ويظهر أن المشرع قد تفطن لذلك، إذ جاءت **المادة 110** من القانون المدني واضحة

باستخدامها عبارة "أن يعفي الطرف المذعن منها"، والمقصود هنا هو إبطال الشرط دون العقد متى كان ذلك ممكنا حفاظا على الروابط التعاقدية.

بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد كان واضحا منذ البداية في نقطة الجزاء المدني، حيث نصت **المادة 1-2132 فقرة 06** على **اعتبار الشرط التعسفي كان لم يكتب**، كما صرحت الفقرة 08 على أن البطلان لا يمس العقد برمته، إذ يبقى قائما، والذي يبطل هو فقط الشرط، إلا إذا لم يصح بقاؤه[1].

أول ملاحظة يمكن إبداؤها على التوجه القانوني الفرنسي أنه فضل الجزاء المدني على الجزاء الجزائي، بعكس المشرع الجزائري، ونرى أنه قد وفق في ذلك، لأن الجزاء المدني هو الجزاء الأنسب في المجال العقدي، والذي كان ولا يزال بعيدا كل البعد عن المفاهيم الجزائية من جريمة وعقوبة إلا في إطار ضيق.

إن الجزاء المقصود في قانون الإستهلاك الفرنسي هو البطلان، أي بطلان الشرط بقوة القانون على الأقل في حدود القوائم المذكورة، حيث لا يملك القاضي أية سلطة لتقدير الجزاء المناسب، عكس نظيره الجزائري الذي ترك للقاضي صلاحية التعديل أو الإعفاء بحسب الأحوال.

يبدو لوهلة أن المشرع الجزائري ورغم عدم نصه على الجزاء المدني، أنه أحدث نظاما متكاملا لا يعتريه أي نقص أو غموض في مجال الشروط التعسفية، وهو النظام المتناثر بين القواعد الخاصة و العامة، إذ تغطي **المادة 110** النقص الموجود في القانون الخاص الذي فضل المشرع أن يكون جزائيا محظا، إلا أن التمعن في هذا النظام يكشف تناقضا كبيرا فيما يتعلق بجزاء الشرط التعسفي، فمن جهة هو جريمة، حين اعتبر المشرع الممارسة التعاقدية التعسفية جنحة، وهذا الوصف التجريمي ينقل الشرط التعسفي إلى دائرة النظام العام المجرد، وبالتالي فالأولى إقرار جزاء مدني يناسب هذا التجريم وهو جزاء البطلان المباشر هنا، الأمر الذي لم يفعله المشرع الجزائري وفضل الإحالة **للمادة 110** من القانون المدني، وعليه لوقوع المشرع الجزائري في عيب عدم الملائمة، فالأجدر هو النظام القانوني الفرنسي، لذا ندعو المشرع لإلغاء الصيغة الجزائية للممارسة التعاقدية التعسفية، بإخراجها من دائرة التجريم والنص على جزاء البطلان كما فعل نظيره الفرنسي، والمقصود بالبطلان هنا هو بطلان الشرط دون العقد، ما لم يتضح أن العقد لا يقوم إلا بقيام هذا الشرط فيبطل العقد كله تماما كما فعل نظيره الفرنسي.

تعد سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها من المسائل التي تتعلق بالنظام العام، لذلك فقد إعتبر المشرع الجزائري كل إتفاق على مخالفة أحكام **المادة 110** من القانون المدني الجزائري هو إتفاق باطل.

---

[1] - حيث جاء فيها ما يلي:

"Le contrat restera applicable dans toutes ses disposition autre que celles jugées abusives s'il peut subsister sans dites les clauses" ; Voir : code de la consommation français, op.cit, p209.

يعزز مثل هذا المبدأ من حماية المستهلك في مواجهة المهني، على اعتبار أن إجازة مثل هذه الإتفاقات تصب في مصلحة المهني الذي سيعمد لا محالة لحرمان المستهلك من ملجئه الوحيد في إطار الشروط التعسفية. إلا أنها تبقى سلطة جوازية مرتبطة بشخص القاضي نفسه لأنها قائمة على فكرة التقدير إذ في إطار إعمال القاضي لسلطته التقديرية، قد يصل إلى توقيعه و بالتالي حماية المستهلك من الشروط التعسفية، و قد يبقي على العقد كما هو، إذا ما إرتأى ذلك.و قد حاول المشرع التلطيف من وطأة ذلك حينما حدد ضابط يستند إليه كل القضاة عند تطبيق **المادة 110** و هو ضابط العدالة ، و الذي يبقى هو الآخر ضابط غير دقيق يختلف من شخص إلى آخر، فما يراه قاض ما عادلا قد لا يراه قاض آخر كذلك. لذلك فان إطلاق العنان للقاضي في توقيع الجزاء المناسب تعديلا أو إعفاءا من البنود التعسفية– و إن كان دورا في غاية الأهمية مع غياب جزاء مدني- عن طريق ما له من سلطة جوازية، قد يضعف حظوظ المستهلك من بريق الأمل المباشر للتخلص من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، باعتباره سلطة محصورة في يد القضاة يتحكمون فيها.

رابعا: غرامة المصالحة في مجال الممارسات التعاقدية التعسفية

تعرف المصالحة بشكل عام، على أنها طريق لتسوية النزاعات بشكل ودي[1]. و لم يعط القانون رقم 02/04 تعريفا لها إلا أنه قد تم تعريفها من خلال المنشور الوزاري المتعلق بكيفيات تطبيق أحكام غرامة المصالحة[2] على أنها: " طريقة تسوية ودية بين الإدارة المكلفة بمراقبة الممارسات التجارية من جهة و المتعامل الإقتصادي المحرر من جهة أخرى، يتم من خلالها إنهاء النزاع الناجم عن مخالفة أحكام القانون رقم 02/04".

و قد إعتبرها المنشور نفسه، وسيلة عادلة، فعالة و سريعة.

تمنح نصوص القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية لأعوان الرقابة[3]، سلطة عامة في البحث عن المخالفات المتعلقة بشفافية و نزاهة الممارسات التجارية و منها تلك

---

[1]- أحسن بوسقيعة: " المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام و في المادة الجمركية بوجه خاص"، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، دون مكان نشر، ص11.

[2] - منشور وزاري رقم 01/ أخ وت/ 2006، مؤرخ في 08 مارس 2006، يتعلق بكيفيات تطبيق أحكام غرامة المصالحة، غير منشور.

[3] - حددت المادة 49 من قانون رقم 02/04 أعوان الرقابة كالآتي:

- ضباط و أعوان الشرطة القضائية.
- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة،
- الأعوان المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية،
- أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة المرتبون في الصنف 14 على الأقل المعينون لهذا الغرض.

الممارسات التعاقدية التعسفية، و في إطار الرقابة الدورية لأماكن ممارسة النشاطات، يمكن للموظفين المؤهلين تفحص كل الوثائق و المستندات دون الإحتجاج عليهم بالسر المهني[1]، فإذا ما وجدوا في إطار هذه المعاينات أن هناك مخالفة أو مخالفات تمس أحكام القانون رقم 02/04، فإنهم يقومون بإقتراح غرامة مصالحة وفقا لما يرونه مناسبا، فالمشرع الجزائري من خلال أحكام هذا القانون لم يضع قيما محددة و ثابتة لغرامة المصالحة يلتزم الموظف المؤهل بها، كما أنه لم يحدد معايير يتم الإستناد عليها لتحديد مبلغ الغرامة، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى عدم المساواة بين الأعوان الإقتصاديين عند إرتكابهم لنفس المخالفة، و بالتالي إمكانية فتح باب لنزاعات تكون الإدارة في غنى عنها. على عكس ما ذهب إليه المشرع في القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش عندما إستحدث أحكاما خاصة بالصلح حيث حدد لكل مخالفة غرامة المصالحة المقررة لها و التي ليس على المهني المخالف الإعتراض بشأنها[2].

بالنسبة لتقييم المصالحة في مجال الممارسات التعاقدية التعسفية، جاءت المادة 60 من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، عامة تطال كل مخالفة لأحكام هذا القانون. كما أن المنشور الوزاري الذي يتعلق بكيفيات تطبيق غرامة المصالحة لم يشر لأي تحديد نوعي.

و الممارسة التعاقدية التعسفية، إحدى هذه المخالفات التي يمكن للأعوان المؤهلين أن يعاينوها بمجرد إطلاعهم على العقود النموذجية الإنفرادية التي يعدها المهنيون بغض النظر عن الدعامة المادية لها.

إلا أن الواقع العملي، يثبت عدم فعالية المصالحة في الممارسات التعاقدية التعسفية، ذلك أن الأعوان المؤهلين عادة ما لا ينتبهون لتفحص نماذج العقود أو شهادات الضمان للكشف عن البنود التعسفية، على الرغم من السلطة الواسعة التي خصها لهم المشرع في إطار الرقابة الدورية، إذ يمكنهم أن يتفحصوا كل المستندات و الوسائل الموجودة في محل ممارسة المهني لنشاطه، دون الإحتجاج عليهم بالسر المهني، و دون الحاجة لإذن قضائي.

يعود سبب عدم إنتباههم الأساسي، أنهم في الكثير من الأحيان لا يتمتعون بمؤهلات كافية في مجال العقود بصفة عامة، و في عقود الإستهلاك بصفة خاصة.

الخاتمة:

في ختام هذه الورقة البحثية، وإجابة على الإشكالية المطروحة نخلص إلى أن المشرع قد وقع في عديد التناقضات والهفوات فيما يتعلق بالنظام القانوني للممارسات التعاقدية التعسفية، حيث أنه وفي سبيل الحفاظ على الطابع الجزائي لقانون الممارسات التجارية، لم ينتبه للطابع المدني للممارسات التعاقدية التعسفية لتعلقها بالبنود التعاقدية، فالجزاء الجزائي متمثل في الغرامة لا يخدم البتة مصلحة المستهلك الذي لن يجد أمامه سوى القانون المدني في نص المادة 110 منه والتي تمنح للقاضي صلاحية التدخل

[1] - المادة 50 من نفس القانون.

[2] - أنظر: المادة 88، و المادة 91 من قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

لتعديل العقد إذا ما احتوى على بنود تعسفية، وحتى وإن كان المشرع قد تعمد الجزاء الجزائي في مجال الممارسات التعاقدية التعسفية فقد جانب الصواب بعدم نصه على الجزاء المدني المتمثل بصورة حصرية في بطلان الشرط التعسفي لأن الجزاءات الجزائية من النظام العام وجزاء البطلان في الجانب المدني هو ما يتلاءم معه، وبالتالي فإن الإبقاء على المادة 110 من القانون المدني يجانب المنطق القانوني.

وعليه، نقترح على المشرع:

إلغاء التناقض الموجود في النظام القانوني للممارسات التعاقدية التعسفية، إما بإدخالها الكلي في دائرة النظام العام بالتجريم في المجال الجزائي مع النص على جزاء بطلان الشرط أي اعتباره كأن لم يكن كما فعل نظيره الفرنسي، أو تركه في مجال الإباحة، بأن يعتبر الشرط التعسفي صحيح إلى حين تقرير إلغاءه من قبل القاضي تأسيسا على المادة 110 من القانون المدني، بطلب من من تقرر النص لمصلحته وهو المستهلك المذعن. والغء بالمقابل الجزاء الجزائي في قانون الممارسات التجارية وهو الأصح من وجهة نظرنا تمييزا له عن الشرط غير المشروع.

قائمة المصادر والمراجع:

1- القوانين:

- الأمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، المعدبل والمتمم.
- القانون رقم 02/04، مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد41. المعدل والمتمم.
- المرسوم التنفيذي رقم 306/06، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد56، المعدل والمتمم.
- منشور وزاري رقم 01/ أخ وت/ 2006، مؤرخ في 08 مارس 2006، يتعلق بكيفيات تطبيق أحكام غرامة المصالحة، غير منشور.

2- الكتب:

- أحمد محمد محمد الرفاعي: " الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي "، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.

- أحسن بوسقيعة: " المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام و في المادة الجمركية بوجه خاص"، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، دون مكان نشر،

- السيد محمد السيد عمران: " حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية و تطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك"، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 2003.
- العربي بلحاج: " النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري"، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 1995.
- فدوى قهواجي: " ضمان عيوب المنتوج فقها و قضاءا"، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

3-الرسائل:

- درماش بن عزوز: " التوازن العقدي"، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014/2013،