حق التراجع عن العقد: مساس بالقوة الملزمة للعقد

The right of retraction :infringement of the binding force of a contract

خديجة مقداد[1]

[1]كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 (الجزائر) ،mokdadkhadidja87@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2020/10/11 تاريخ القبول:2022/10/23 تاريخ النشر: اكتوبر/2022

الملخص:

الحق في التراجع آلية قانونية أقرها المشرع الجزائري على غرار أغلب التشريعات المقارنة لحماية رضا أحد أطراف العلاقة العقدية وإعادة التوازن في عقود الاستهلاك التي تضم مستهلك ضعيف في مواجهة محترف أقوى منه معرفيا واقتصاديا يستخدم كل وسائل الإغراء لدفعه للتعاقد معه، حيث يسمح للمستهلك بإعادة النظر في تعاقده والرجوع عن التزاماته خلال مدة قانونية معينة تختلف حسب نوع العقد استهلاكي وهو ما يعد خرق للمبادئ التي تحكم العقد المنصوص عليها في القواعد العامة، ويترتب على تفعيل التراجع عن العقد إعادة المتعاقدين للحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد و ذلك بإعادة المنتوج إلى المحترف وفي المقابل يقوم هذا الأخير بإعادة الثمن أو التسبيق الذي سبق وقبضه.

الكلمات المفتاحية:حق التراجع، المستهلك، المحترف، العقد، القوة الملزمة.

Abstract:

The right of retractions a legal mechanism approved by the Algerian legislator like most of the comparative legislations to protect the satisfaction of one of the contractual relationship's parties, and to restore balance in consummation contracts that include a weak consumer in the face of a professional who is more cognitive and economically stronger than him , the professional can use all means of inducement to push the consumer to contract with him. the right to withdrawal allows the consumer to reconsider his contract returning from his obligations within a certain legal period that varies according to the type of consumer contract which is a violation of the principles governing the contract stipulated in the general rules .Activating the retraction of the contract entails returning the contractors to the state they were in before the contract , the consumer will return the product to the professional and this latter one will return the price or advance payment that was previously received from the consumer.

Key words: right of retraction, consumer, professional, contract, binding force.

المؤلف المرسل: خديجة مقداد ، الإيميل المهني mokdadkhadidja87@gmail.com

المقدمة:

يحكم العقد عدة مبادئ من أهمها مبدأ القوة الملزمة للعقد وهو متعلق بموضوع العقد أي الالتزامات التي يتحملها المتعاقدان، ومعناه أن العقد إذا نشأ صحيحا التزم أطرافه بما يرتبه من آثار، وفي نفس الوقت لا يمكنهما التحلل منه أو نقضه بالإرادة المنفردة للمتعاقد، وهو ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني وهو نفس ما نصت عليه المادة 1103 من القانون المدني الفرنسي[1]، حيث جعل القانون العقد شريعة للمتعاقدين أي بمثابة القانون بالنسبة لهما لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ولم تقتصر حرمة العقد أو قوته الملزمة على أطرافه بل تمتد للقاضي حيث لا يمكن لهذا الأخير تعديل عقد نشأ صحيحا إلا في الحالات التي يقرها القانون .

وتجدر الإشارة أن القوة الملزمة للعقد تقوم على فكرة الإرادة الحرة للمتعاقدين، حيث أن المتعاقد عندما تتجه إرادته الحرة إلى إبرام عقد ما فهو يتجه نحو الالتزام بكل ما ينتج عنه، وهذا تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة والحفاظ على استقرار المعاملات وهنا تظهر أهمية القوة الملزمة للعقد، لكن رغم أهمية هذا المبدأ في العقود إلا أنه أصبح من الصعب تطبيقه بصورة كاملة في عصرنا، والذي يعرف بعصر التطور التكنولوجي والصناعي وما ترتب عنه من تنوع في السلع والخدمات، وأيضا تعدد وسائل الدعاية والتسويق وكذلك وسائل التعاقد في حد ذاتها مثل التعاقد على شبكة الإنترنت ، وكان لكل هذا الأثر البالغ عل إرادة المتعاقد حيث أن عدم التوازن المعرفي بين المتعاقدين حيث أحدهما محترف وآخر مستهلك جعل من الصعب الأخذ بالإرادة الكاملة للمتعاقد الضعيف، رغم أنه من الظاهر تبدو أن إرادة المتعاقد حرة وكاملة لكن في الحقيقة هو عكس ذلك تماما.

ورغبة من المشرع في حماية المتعاقد الضعيف في العقد في مواجهة متعاقد قويا معرفيا، قام بإصدار تشريعات خاصة تتضمن آليات حديثة تهدف إلى حماية رضا المستهلك من النقائص التي تشوبه ولا تتوافق مع ما نظمته القواعد التقليدية للعقد،وفي نفس الوقت تمس القواعد العامة للعقد ومن بينها حق التراجع عن العقد الذي يضعف ويقلص حيز القوة الملزمة للعقد. وهو محل دراستنا في القانون الجزائري أساسا مع ذكر أمثلة من التشريعات الأخرى.

ويثور التساؤل حول **مدى تأثير حق التراجع على القواعد العامة للعقد؟** هذا من جهة، ومن جهة أخرى **كيف تحقق هذه الآلية حماية للمستهلك في ظل التطورات؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم عرضنا إلى محورين أساسيين نتطرق في الأول إلى الإطار المفاهيمي العام للتراجع عن العقد باعتباره آلية خاصة (المبحث الأول)، أما في المحور الثاني سنقوم بدراسة أحكام التراجع عن العقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حق التراجع: آلية خاصة

نتناول في هذا المبحث حق التراجع كآلية خاصة من خلال التطرق لمفهوم حق التراجع (المطلب الأول)، وتحديد نطاقه وطبيعته القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم حق التراجع

نتطرق في مفهوم حق التراجع إلى تعريفه وخصائصه (الفرع الأول)، وتمييزه عن غيره من المفاهيم المشابهة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف حق التراجع: مصطلحات متناقضة

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف حق التراجع حاله كحال التشريعات الأخرى التي نظمته [2]، مما يجعلنا نعود للتعريفات الفقهية التي تنوعت وتباينت من حيث التعريف والتسمية على حد سواء فهناك من استخدم مصطلح " حق التراجع، حق الرجوع، العدول، مهلة التفكير...."، ومن بينها تعريف الأستاذة solange mirabail "هو تصرف بإرادة منفردة، يعبر من خلاله صاحب القرار عن إرادة معاكسة لإرادته الأولى، و يهدف من خلاله إلى سحب إرادته السابقة ومحو أي أثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل " [3]، أو كما عرفته الأستاذة نسرين حسين ناصر الدين على أنه" الحق الذي يمنحه المشرع لأحد المتعاقدين (المستهلك) في الرجوع عن العقد أي العدول عنه، بالرغم من أن العقد انعقد بشكل صحيح و أصبح نافذا " [4]. ويمكن تعريف حق التراجع على أنه " حق منحه المشرع لأحد المتعاقدين بإرادته المنفردة، حيث يمكنه من إعادة التفكير والرجوع عن إرادة سابقة له، بهدف إلغائها ومحو كل أثر لها كان أو سيكون".

من خلال التعريفات السابقة يمكننا أن نستخلص خصائص حق التراجع ألا وهي:

أولا: حق التراجع تصرف بإرادة منفردة: أي هو تصرف قانوني من جانب واحد ناتج عن تفكير شخصي للمتعاقد يهدف من خلاله إلى إحداث أثر قانوني، وبالتالي يشترط فيه نفس ما يشترطه القانون في التصرف القانوني [5].

ثانيا: حق التراجع هو تعبير عن إرادتين متناقضتين للمتعاقد: حيث الأولى تهدف إلى التعاقد، أما الثانية فتؤدي إلى التحلل منه.

ثالثا: حق التراجع يعدم ما قبله من آثار قانونية: إن صدور الإرادة الجديدة عن المتعاقد يمحي كل أثر كان أو سيكون للإرادة الأولى [6].

رابعا: حق التراجع حق مجاني: أي أن المستهلك لا يدفع أي شيء عند تراجعه عن العقد المبرم، وهذه الخاصية تميزه باعتباره آلية خاصة عن الكثير من الأنظمة المشابهة.

خامسا: حق التراجع يكون في العقود الملزمة لجانبين فقط مثل البيع، دون غيرها من العقود.

سادسا: حق التراجع حق تقديري: أي يبديه من تقرر لمصلحته دون أسباب أو دوافع، وكذلك دون اللجوء إلى القضاء.

سابعا: حق التراجع حق مؤقت: أي أنه محدد بمدة زمنية يقررها المشرع مسبقا، يجب على المستهلك استعمال حقه في التراجع عن العقد خلالها وإلا سقط.

ثامنا: حق التراجع من النظام العام ، حيث أن النصوص المنظمة له تتعلق بالنظام العام الحمائي.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يقم بتعريف حق التراجع كما ذكرنا سابقا، لكنه أيضا لم يستقر على مصطلح واحد عند تنظيمه لهذا الحق فهو قد اعتمد على مصطلحات مختلفة في تطبيقات هذا الحق، فقد ذكر مصطلح التراجع في قانون التأمينات المادتين 70 مكرر و90 مكرر [7]، وكذلك في قانون النقد والقرض حيث نصت عليه المادة 119 مكرر1 / ف3 من الأمر 10-04 [8]، أما في مجال القرض الاستهلاكي فقد استعمل حق العدول في المواد 11/ ف والمادة 12/ ف2 المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 [9] وكذلك في المادة 11 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 والمتعلق بالتجارة الإلكترونية، ويمكن القول أن المشرع قد تأثر بفوضى المصطلحات في الفقه بما يتعلق بحق التراجع كما سبق قوله.

الفرع الثاني: تمييزه عن الأنظمة المشابهة

إن اعتبار حق التراجع آلية حديثة لحماية المستهلك، في عقد غير متكافئ معرفيا يضم طرفين أحدهما قوي والآخر ضعيف، حيث يسمح للمستهلك بالتراجع عن تعاقده وإفراغه من كل أثر له، يلزم علينا تمييزه عن مختلف الأنظمة المشابهة في المبادئ العامة للعقد ومنها:

أولا: حق التراجع و البطلان: يشترك كل من حق التراجع والبطلان في النتيجة، حيث يؤدي كل منهما إلى زوال العقد و كل ما ترتب أو يترتب من آثار. لكن بالرغم من اشتراكهما في النتيجة إلا أنهما يختلفان من عدة نواحي، حيث أن البطلان جزاء يترتب على العقد الذي لم يستكمل أركانه، فهو لا يرد على عقد صحيح بل هو يرد على عقد منعدم الوجود قانونا وبالتالي لا وجود للعقد ولا آثاره [10]. وعلى النقيض تماما فحق التراجع يرد على عقد صحيح نافذ، إلا أن المشرع و نظرا لطبيعة العقد منح أحد المتعاقدين ألا وهو المستهلك الحق في الرجوع عن تعاقده وبالتالي إلغاء العقد بإرادته المنفردة.

ثانيا: حق التراجع والشرط: الشرط هو من الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، ويقصد به" أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله" وهو إما واقف أو فاسخ، فإذا كان الشرط واقف يتوقف تنفيذ الالتزام إلى غاية تحقق الشرط، أما إذا كان فاسخا فيترتب على تحققه زوال الالتزام [11]، يرى بعض الفقه أن العقد المعلق على شرط قريب من العقد المتضمن حق التراجع، حيث أن الأثر المترتب عن الشرط هو نفسه المترتب عن حق التراجع، و لكن إذا تمعن الدارس في كلا العقدين يجد أن هذا الكلام غير صحيح ، حيث أن الشرط هو من أمر خارج عن إرادة المتعاقدين معدل لأثر الالتزام، في حين أن حق التراجع هو حق للمستهلك يتوقف على إرادته وبالتالي إرادته تلعب دور رئيسي في إعماله من عدمه على عكس الشرط [12].

ثالثا: حق التراجع و إنهاء العقد بالإرادة المنفردة: يمكن للمتعاقدين الاتفاق على منح أحدهما الحق في نقض العقد بإرادته المنفردة رغم ما يشكله هذا من خروج عن القوة الملزمة للعقد، ويمكن لأحد المتعاقدين أن يحصل على هذا الحق بنقض العقد بإرادته المنفردة من القانون نفسه في بعض العقود ، وهذا ما كرسه

المشرع الجزائري في القانون المدني في عدة عقود منها انتهاء عقد الوكالة في المادة 587 ، ونلاحظ مما سبق أن نقض العقد بالإرادة المنفردة يشترك مع حق التراجع عن العقد في أن كلاهما تصرف بإرادة منفردة يترتب عليه يشترك مع حق التراجع عن العقد في أن كلاهما تصرف بإرادة منفردة يترتب عليهما إنهاء العقد. رغم ذلك يختلفان من عدة نواحي أهمها: أن مجال نقض العقد هو العقود الزمنية التي يحتاج تنفيذها مدة من الزمن في حين أن مجال حق التراجع هو عقود الاستهلاك، وأيضا من ناحية الهدف من التقرير حيث أن النقض يختلف الهدف من تقريره من عقد إلى آخر لكن غالبا هو زوال الثقة بين المتعاقدين مثل عقد الوكالة، أما الهدف من تقرير حق التراجع واحد ألا وهو حماية رضا المستهلك[13].

رابعا: حق التراجع و التعاقد عن طريق العربون: لقد نص المشرع التعاقد عن طريق العربون في المادة 72 مكرر/ف 1 من القانون المدني " يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك "، وهذا النوع من التعاقد يسمح للمتعاقدين بالعدول عن العقد بمقابل خلال مدة معينة، ويتشابه كل منهما في أن كلاهما يتم بالإرادة المنفردة للمتعاقد خلال مدة معينة ويترتب عليه إنهاء العقد، لكنهما في نفس الوقت مختلفان جدا في مسائل جوهرية منها:

1- أن العدول عن العقد يكون بمقابل و هو ما نصت عليه المادة 72 مكرر/ف 2-3 " - فإذا عدل من دفع العربون فقده – وإذا عدل من قبضه رده و مثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر"، في حين أن حق التراجع مجاني كما سبق بيانه.

2- حق العدول ممنوح لكلا المتعاقدين أما التراجع عن العقد هو حق خالص للمستهلك فقط [14].

3- جوز الاتفاق على إسقاط الحق في العدول رغم دفع العربون و هو ما نصت عليه المادة 72 مكرر/ ف 1 في حين لا يجوز الإتفاق على إسقاط حق المستهلك في التراجع عن العقد لأنه من النظام العقد وكل اتفاق مخالف لذلك هو باطل .

3- وبرأينا أن الغاية من التعاقد عن طريق العربون هو فتح مجال للمتعاقدين للتحلل من التزاماتهم دون اللجوء للقضاء أي هو حل بديل للحل القضائي في حين أن الغاية من حق التراجع هو حماية المستهلك.

خامسا: حق التراجع و البيع بشرط التجربة: يرى جانب من الفقه أن التراجع عن العقد والبيع بشرط التجربة متقاربان جدا، حيث أن حق تراجع المستهلك عن العقد خلال المدة القانونية، هو نفسه الخيار الممنوح للمشتري بعد تجربة الشيء المبيع إما القبول أو الرفض، ولقد نظم المشرع الجزائري البيع بشرط التجربة في المادة 355/ف 1 من ق م " في البيع على شرط التجربة، يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه و على البائع أن يمكنه من التجربة.فإذا رفض المشتري المبيع يجب أن يعلن عليه خلال المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة

وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا " ، وكذلك المادة 15 من قانون 09-03 " يستفيد كل مقتن لأي منتوج مذكور في المادة 13 من هذا القانون من حق تجربة المنتوج المقتني " ورغم أوجه الشبه بينهما خاصة أن كلاهما تصرف بالإرادة المنفردة ومرتبط بمدة معينة، يمكننا أن نلاحظ الفروق الجوهرية العديدة بينهما وهي:

1-أن منح المشتري خيار تجربة المبيع مجاله البيع فقط، أما التراجع عن العقد فتطبيقاته متعددة تجمع بينها حاجة المستهلك لحماية خاصة مثل: القرض الاستهلاكي والتأمين على الأشخاص، التجارة الإلكترونية والبيع عن بعد ....إلخ.

2- الهدف من تقرير خيار التجربة هو التأكد من مدى ملائمة السلعة لحاجيات المشتري، أما حق التراجع فالهدف منه هو حماية رضا المستهلك من التسرع.

3- قرار المشتري في خيار التجربة يكون مرتبط بنتائج التجربة في حد ذاتها، أما قرار المستهلك بالتراجع عن العقد هو حق مطلق يكون دون إبداء أسباب ولا دوافع.

4- خيار التجربة مصدره الاتفاق، أما التراجع عن العقد فمصدره القانون و الاتفاق كذلك وهو ما نص عليه المشع المغربي في المادة 38 من القانون 08-31 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك " لا يمكن أن يمارس حق التراجع إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك، في العقود المتعلقة بما يلي ..."

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتراجع عن العقدو نطاقه

سنتطرق في هذا المطلب إلى الطبيعة القانونية (الفرع الأول)، ونطاق حق التراجع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتراجع عن العقد

اختلف الفقه بشأن الطبيعة القانونية للتراجع عن العقد، حيث يرى البعض أن التراجع عن العقد هو حق مع الاختلاف حول إذا ما كان شخصي أو عيني ؟ ، في حين يرى جانب آخر من الفقه أنه رخصة، إلا أن الرأي الراجح وهو الأقرب إلى الصواب هو أن التراجع عن التراجع هو حق إرادي محض [15].

أولا: التراجع عن العقد: حق

يرى أنصار هذا الرأي أن التراجع عن العقد هو حق، لكنهم اختلفوا حول نوع هذا الحق هل هو شخصي أم عيني ؟

1-حق شخصي: إن الحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين تخول لأحدهما وهو الدائن مطالبة الطرف الثاني وهو المدين القيام بشئ لفائدته، وفي هذا السياق يقول أصحاب هذا الرأي أن للمستهلك الدائن الحق في مطالبة الطرف الآخر القيام بشئ لحسابه، لكن الحقيقة عكس ذلك تماما فالتراجع عن العقد لا يمنح المستهلك هذه السلطة، فهو يمنح من تقرر لصالحه خيارين لا غير إما إتمام العقد أو نقضه.

2- حق عيني :الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص على شئ ما، وبما أن حق التراجع لا يمنح هكذا سلطة للمستهلك على أي شئ، وبالتالي لا يمكن اعتباره حقا عينيا وإنما يمنح المستهلك القدرة على الاختيار بين إتمام العقد أو التراجع عنه [16].

مما سبق ذكره نستخلص أن التراجع عن العقد ليس لا حقا شخصيا ولا عينيا لأنه لا يمنح لمن تقرر له السلطات التي يمنحها الحق الشخصي أو العيني لصاحبه.

ثانيا: التراجع عن العقد: رخصة

يرى رأي آخر في الفقه أن التراجع عن العقد هو رخصة منحها المشرع لحماية رضا المستهلك تجاه متعاقد متفوق عليه معرفيا واقتصاديا، حيث يتمكن من الرجوع عن تعاقده وإلغاء كل آثاره القانونية دون مسؤولية تجاه المتعاقد الآخر المحترف.

غير أن هذا الرأي تعرض للانتقاد بناءا على أن الرخصة تمنح للناس جميعا كحرية العمل والتعاقد وليس أشخاص محددين أو فئة معينة تنطبق عليهم الشروط أو المواصفات المحددة مسبقا، وهذا ما لا ينطبق على التراجع عن العقد[17].

ثالثا: التراجع عن العقد: حق إرادي محض

يرى الرأي السائد في الفقه أن التراجع عن الفقه هو أعلى مرتبة من الرخصة وأقل من الحق، وقد حاول أصحاب هذا الرأي التوفيق بين الرأيين السابقين،واعتبروا أن التراجع عن العقد هو وسط بين الحق والرخصة [18]، وباعتبار التراجع عن العقد حق إرادي محض هو سلطة أو مكنة قانونية تخول لصاحبها قدرة تحديد مصير العقد إما هدمه وحله بالتراجع عنه أو إكماله والالتزام بكل آثاره [19].

الفرع الثاني: نطاق التراجع عن العقد

لقد قيدت جل التشريعات حق التراجع عن العقد ولم تجعله حق مطلق، حيث حددت نطاقه سواء من حيث الموضوع أو الأشخاص، فالمعيار المتبع في تحديد نطاقه ليس طبيعة العقد بل أطرافه أيضا، ولم يخرج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة حيث حدد نطاق معين لحق التراجع بالاعتماد على طبيعة العقد وأطرافه، وتتمثل أهمية تحديد نطاق التراجع عن العقد في أنه لا يمكن أن يمنح في كل العقود ولا لأي شخص دون ضوابط، باعتباره خروج عن القوة الملزمة للعقد، ولما لذلك من أثر بالغ على استقرار المعاملات، لأن التراجع عن العقد يمنح لمن تقرر لمصلحته إلغاء تعاقده بإرادته المنفردة ولا يخضع في هذا إلا لتقييمه الشخصي [20].

وبالتالي كان من الحكمة ضبط نطاقه لخلق توازن بين استقرار المعاملات وضرورة حماية الطرف الضعيف.

أولا: من حيث الأشخاص

تتطلب منا دراسة نطاق حق التراجع من حيث الأشخاص تحديد لمن تقرر حق التراجع في العقد الاستهلاكي؟ وأيضا الطرف الآخر في العقد باعتباره يتأثر بقرار التراجع عن العقد، وكما سبق ذكره فإن

حق التراجع قد تقرر لحماية رضا المستهلك، وبالتالي يتوجب علينا تحديد مفهوم المستهلك وكذلك المحترف فهو الطرف الثاني في عقد الاستهلاك.

1- تحديد مفهوم المستهلك

لغة: هو من استهلك المال أو الشئ.

فقها: لقد اختلف الفقه بشأن تعريف المستهلك فهناك من اعتمد التعريف الموسع وهناك من اخذ بالتعريف الضيق.

1- المفهوم الواسع: يعرف أنصار هذا الاتجاه أن المستهلك هو" كل شخص يبرم تصرفا قانونيا من أجل استخدام سلعة أو خدمة لأغراضه الشخصية أو المهنية، خارج نطاق تخصصه" [21].

ويلاحظ من التعريف السابق أن هذا الاتجاه يشمل حتى المحترف في حالة تعاقده خارج نطاق اختصاصه حتى ولو كانت مكرسة لإشباع حاجياته المهنية، وبالتالي المستهلك هو كل من تعاقد بغرض الاستهلاك.

2- المفهوم الضيق: طبقا لهذا الاتجاه فإن المستهلك هو كل شخص يتعاقد لتلبية حاجياته ورغباته الشخصية فقط. وبالرجوع إلى القانون الجزائري والذي هو محل دراستنا نلاحظ أنه المشرع أخذ بالمفهومين معا، حيث أخذ بالمفهوم الضيق لتعريف المستهلك في قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[22]حيث عرف المستهلك في المادة 3 /ف1 على أنه" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به" وكذلك في المادة 3 من القانون 04-02 المؤرخ في 23جوان 2004 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية حيث عرف المستهلك على أنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني "، أما في القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية [23] فلقد اعتمد على المفهوم الواسع حيث عرفت المادة 6/ ف3 المستهلك الإلكتروني على أنه" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي ".

2-تحديد مفهوم المحترف

هو الطرف الثاني في عقد الاستهلاك، و يطلق عليه عدة تسميات منها: المهني، المتدخل، المورد... ، لقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 3/ف7 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش " المتدخل كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك "، وأيضا في المادة 6/ف4 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية " المورد الإلكتروني كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية ".

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد وسع دائرة المحترف قدر الإمكان، لأن هذا يتماشى والهدف من تشريعات الاستهلاك عامة وحق التراجع خاصة، ألا وهو توفير حماية للمستهلك تعجز عنها المبادئ التقليدية للعقد.

ثانيا: من حيث الموضوع

في هذا الصدد يكون المعيار هو طبيعة العقد في حد ذاته أو الطريقة التي تم بها، لقد نظمت مختلف التشريعات بما فيها التشريع الجزائري التراجع عن العقد في عدة أنواع من العقود، العامل المشترك بين هذه العقود هو ضرورة توفير حماية خاصة للمستهلك لا توفرها له القواعد العامة للعقد. ويطلق عليها مصطلح عقد الاستهلاك سواء كان محلها سلعة أو خدمة ، ولقد عرف المشرع الجزائري كل من الخدمة والسلعة على التوالي في المادة 3/ف 16-17 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش" الخدمة: كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة . السلعة: كل شئ مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا "

ويمكن القول أن للمستهلك الحق في التراجع عن كل العقود التي يبرمها عبر وسائل الاتصال الحديثة مثل الإنترنت أو التلفاز والراديو، وكذلك البيع في المنازل وعقود التأمين والقرض الاستهلاكي،وقد نظمه المشرع الفرنسي أولا في التعليم بالمراسلة قانون 12 يوليو 1972، ثم في قانون البيع بالمنازل،وأيضا مجال عقود التأمين وعمليات البيع عن بعد والقرض الاستهلاكي . وبالرجوع للمشرع الجزائري نجد أنه نظم حق التراجع في مجال التأمينات من خلال المادتين 70 مكرر و90 مكرر ،وكذلك في قانون النقد و القرض حيث نصت عليه المادة 119 مكرر1 / ف3 من الأمر 10-04 ، وأيضا في مجال القرض الاستهلاكي في المواد 11/ ف والمادة 12/ ف2 المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 وكذلك في المادة 11 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 والمتعلق بالتجارة الإلكترونية.

ويمكننا أن نستخلص مما ذكر سابقا أن للمستهلك الحق في التراجع عن بعض العقود المحددة قانونا والمسماة فقها بعقود الاستهلاك سواء كان محلها خدمة أم سلعة ، وإن كان من السهل تصور التراجع عن العقد إذا كان محله سلعة فمن الصعب تصور التراجع عن العقد إذا كان محله خدمة خصوصا إذا كانت عن طريق الإنترنت وسبق تحميلها ؟؟؟

وتجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات مثل الفرنسي في قانون الاستهلاك الفرنسي قامت بإقصاء بعض أنواع العقود من مجال التراجع عن العقد وذلك لكون هذه العقود تتسم بخصائص تجعل التراجع عنها غير ممكن، لكن المشرع المغربي نص صراحة على أن للمتعاقدين الحق في الاتفاق على التراجع [24].

المبحث الثاني: أحكام التراجع عن العقد

دراسة أحكام التراجع عن العقد تتطلب منا التطرق إلى كل من ضوابطه (المطلب الأول)، وأيضا آثار ممارسته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضوابط حق التراجع: تطبيق لعدم التعسف في استعمال الحق

مما لا شك فيه أن المشرع نظم التراجع عن العقد لحماية رضا المستهلك ، لكن في نفس الوقت

حاول بقدر الإمكان منع من تقرر لصالحه من التعسف في استعمال حقه إضرارا بالغير باعتبار أنه لا يوجد حق مطلق إذ كل الحقوق تخضع لمبدأ حسن النية ، لكن السؤال المطروح هنا: هل يمكن أن يدخل حق التراجع إلى نطاق التعسف في استعمال الحق؟

يرى البعض أن الطبيعة التقديرية لحق التراجع تجعل من الصعب إخضاعه لنظرية التراجع عن العقد، لأن الحقوق التقديرية لا تخضع إلا لإرادة من تقررت لمصلحته دون رقابة قضائية وإدخال حق التراجع في مجال التعسف يفقده ماهيته [25]، بينما يرى جانب آخر أنه لا وجود لحق مطلق حتى ولو كان تقديري إذ أن كل الحقوق تخضع لمبدأ حسن النية ومنها حق التراجع، ويمكن تصور تطبيقا لتعسف المستهلك في استعمال حقه في التراجع إضرارا بالمهني إذا استعمل السلعة قبل عدوله عن العقد، لكن حتى هذه الحالة من الصعب تصورها إذ أغلب التشريعات ألزمت المستهلك برد السلعة بعد عدوله على الحالة التي استلمها عليها، وبمعنى آخر إذا استعمل السلعة فهذا بمثابة تعبير ضمني عن إرادته في الاستمرار بالتعاقد [26].

قيد المشرع حق التراجع بشروط وجب على المستهلك الالتزام بها عند ممارسته. لذلك سنتطرق لشروط ممارسة حق التراجع عن العقد (الفرع الأول)، وكيفية ممارسته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط ممارسة حق التراجع عن العقد

كما ذكرنا سابقا أن التراجع عن العقد هو حق تقديري ، يخضع لإرادة المستهلك فقد دون رقابة قضائية، ولا يلتزم من تقرر لصالحه بإبداء تبريرات أو تفسير تصرفه، وهذا ما جعل أغلب التشريعات التي نظمته لى وضع شروط يجب على المستهلك يجب احترامها عند ممارسته لحقه في التراجع عن العقد. هذه الشروط منها ما هو موضوعي وأيضا شكلي، وأخيرا إجرائي إن وجد.

أولا: الشروط الموضوعية: هذه النقطة تتعلق بنطاق حق التراجع المذكور أعلاه أي يجب على المستهلك احترام المجال الذي رسمه له المشرع، سواء من حيث صفته كمستهلك أولا وقد حددنا سابقا مفهومه، أو من حيث العقد إذا كان من العقود التي منح المشرع فيها للمستهلك حق التراجع عنها سواء كان محلها سلعة أم خدمة، أي احترام التحديد الإيجابي والسلبي للعقود ن وكما سبق القول إذا كان العقد من العقود المستثناة من التراجع فهنا يجب أن يكون هناك اتفاق بين أطراف العقد على منح المستهلك الحق في التراجع.

ثانيا: الشروط الشكلية "المدة الزمنية" أي المهلة القانونية التي يكون للمستهلك خلالها استعمال حقه في التراجع عن العقد[27] ، حيث أن حق التراجع عن العقد هو حق مؤقت كما بيناه سابقا ، تعد المدة القانونية لحق التراجع شرط جوهري لممارسته ، ولقد اختلفت التشريعات في تحديد المدة القانونية لحق التراجع فهي تتراوح بين 7 أيام إلى غاية 30 يوم ، وبالعودة للتشريع الجزائري الذي هو محل دراستنا نجد أنه أعطى للمكتتب في عقد التأمين على الأشخاص مهلة 30 يوم للتراجع عن العقد ابتداءا من دفع القسط

الأول(المادة 90 مكرر من القانون 06-04) ، أما في مجال النقد والقرض فقد حدد المدة ب 8 أيام من تاريخ التوقيع على العقد (المادة 119 مكرر1 من الأمر 10-04) ، وحددها في مجال القرض الاستهلاكي ب 8 أيام عمل تحسب من تاريخ إمضاء العقد و7 أيام من تاريخ التسليم أو تقديم السلعة .

وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على زيادة المدة المحددة للتراجع لكن لا يجوز إنقاصها عن الحد القانوني أو إسقاطها باعتبار أن الزيادة تزيد من حماية المتعاقد المستهلك[28].

أما بالنسبة لبدء سريان الممدة، فهي تختلف حسب محل العقد هل هو سلعة أم خدمة؟؟؟ بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد حدد أن مهلة التراجع تبدأ في السريان من تاريخ التسليم إلى المستهلك إذا كان المحل سلعة، أما إذا كان المحل خدمة فيبدأ السريان من يوم إبرام العقد (المادة 121/ف2 من قانون الاستهلاك) وهو نفس الأمر بالنسبة لأغلب التوجيهات الأوروبية [29].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حدد بدء سريان مهلة التراجع الممنوحة للمستهلك في كل تطبيق على ففي مجال التأمين على الأشخاص تسري من تاريخ دفع أول قسط، أما في قانون النقد والقرض فتبدأ من تاريخ التوقيع على العقد، وتبدأ من تاريخ التوقيع على العقد أو التسليم في مجال القرض الاستهلاكي، وفي نفس السياق تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يحدد لا كيفية ممارسة حق التراجع ولا آجاله في القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية حيث تركت الأمر للمورد الإلكتروني وهو ما نصت عليه المادة 11 ، وهو نفس المضمون الذي نصت عليه المادة 70 مكرر من القانون 06-04 حيث تركت الأمر للمؤمن ليحدد كيفيات وآجال التراجع، وهذا أمر يتنافى مع الهدف من تقرير حق التراجع ألا وهو حماية المستهلك الطرف الضعيف في مواجهة طرف قوي وفي نفس الوقت نترك لهذا المحترف الحرية في تحديد مدة التراجع و شروطه، بالتأكيد المحترف سيصوغها في قالب يصب في مصلحته لا مصلحة المستهلك ، وبالتالي وكأن المشرع بنصه على هذا قد أفرغ حق التراجع من معناه.

الشروط الإجرائية " إن وجدت "ويقصد بهذا الشرط التقيد بالطرق المحددة من طرف المشرع لممارسة حق التراجع، فإذا اشترط القانون وسيلة معينة يجب احترامها من طرف من تقرر التراجع لمصلحته ، ومن الممكن الاتفاق بين المتعاقدين على كيفية ممارسة هذا الحق أو تحديده من طرف المحترف، وهذا نستخلصه من نص المادة 70 مكرر من القانون 06-04 و المادة 11 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية حيث منحتا لكل من المؤمن والمورد الإلكتروني الحق في تحديد كيفية التراجع عن العقد. ولقد حدد المشرع الجزائري شكل معين لممارسة حق التراجع في مجال التأمين على الأشخاص حيث نصت المادة 90 مكرر من القانون 06-04 على أنه يجوز للمكتتب أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام.

وهناك جانب من الفقه يضيف حسن النية كشرط لممارسة حق التراجع عن العقد، وبرأينا أن هذا

الشرط صعب التطبيق إن لم يكن مستحيل لأن التراجع عن العقد حق تقديري يخضع لتقدير من تقرر لمصلحته دون إبداء أي أسباب أو دوافع.

الفرع الثاني: كيفية ممارسة التراجع عن العقد

لقد عمدت مختلف التشريعات على عدم اشتراط طريقة معينة لممارسة التراجع عن العقد كأصل وذلك لتسهيل الأمور على المستهلك ، باعتباره حق تقديري لا يخضع إلا لإرادة من تقرر لمصلحته دون إبداء أسباب أو تحمل مسؤولية، لكن استثناءا حددت في بعض الحالات طريقة ممارسة هذا الحق وهو ما تم شرحه سابقا، لكن من البديهي حتى دون وجود إجراءات محددة أنه يجب على المستهلك أن يعبر عن رغبته في الرجوع عن تعاقده إلى المحترف المتعاقد معه بأي وسيلة كانت سواء رسالة مضمنة الوصول أو إخطار أو بطريقة رسمية عن طريق محضر أو فاكس أو رسالة إلكترونية (إيميل)، ولكن لا يمكن ممارسة هذا الحق عن طريق دعوى قضائية مهما كان السبب[30] ، أما في مجال التعاقد الإلكتروني فيمكن أن يتم التراجع عن طريق ملأ استمارة الرجوع أو إقرار أو تصريح على الموقع الإلكتروني [31]. ومهما كانت طريقة التعبير عن الرغبة في التراجع سواء صراحة أو ضمنا (غير مباشرة) [32] يجب على المحترف أن يرسل جوابا يفيد تلقيه إخطار المستهلك برغبته التراجع عن العقد، ويقع عبئ إثبات ممارسة التراجع يقع على عاتق المستهلك لأن البينة على من ادعى، فإذا أنكر المحترف التراجع عن العقد أو ادعى حصوله خارج الآجال يجب على المستهلك إثبات تراجعه عن العقد أو حدوثه ضمن الآجال القانونية بكافة طرق الإثبات إلا إذا حدد القانون طريقة محدد هنا يجب التقيد بها [33].

المطلب الثاني: آثار ممارسة حق التراجع: تضييق مجال القوة الملزمة للعقد

تعتبر الفترة الممنوحة للمستهلك لممارسة حقه في التراجع حاسمة فإذا لم يتراجع المستهلك عن تعاقده استقر العقد نهائيا وأصبح نافذا، لكن إذا تحققت شروطه، ورغب المستهلك في تفعيله فهنا يرتب آثار مختلفة، منها ما يقع على العقد المراد التراجع عنه ومنها ما يخص أطراف العقد أي المستهلك والمحترف، وهذا ما سنتطرق إليه حيث سندرس آثار ممارسة حق التراجع بالنسبة للعقد (الفرع الأول) وآثاره بالنسبة للمتعاقدين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أثر ممارسة حق التراجع على عقد الاستهلاك

كما سبق ذكره فإن العقد المتضمن حق التراجع لا يرتب آثاره ولا يلزم الأطراف إلا بعد انقضاء المدة المحددة للتراجع عن العقد، فالعقد هنا مهدد بالزوال ومصيره متوقف على قرار المستهلك إما التراجع عن التعاقد أو الاستمرار فيه، فيستقر العقد نهائيا نتيجة لقرار المستهلك الاستمرار في التعاقد، لكن إذا قرر المستهلك استعمال حقه في التراجع عن العقد وفقا للشروط المحددة قانونا ، فهذا يترتب عليه زوال عقد الاستهلاك بأثر رجعي ومحو كل آثاره كأن لم يكن .

العقد المتضمن حق تراجع يتحمل نتيجتين لا ثالث لهما، إما الاستقرار نتيجة لعدم استعمال المستهلك لحقه في التراجع ، أو الزوال بأثر رجعي كنتيجة لتفعيل حق التراجع من طرف المستهلك وهذا أمر متفق عليه فقها وقانونا ، لكن بالمقابل هناك أمر أثار جدل فقهي حول العقد المتضمن حق التراجع، هل هذا الحق يوقف تكوين العقد أم تنفيذه ؟؟؟ وبمعنى آخر هل يخرق مبدأ الرضائية أو القوة الملزمة للعقد؟؟؟؟

أولا : وقف تكوين العقد

الأصل في العقود الرضائية أي تنعقد بمجرد تلاقي الإيجاب بالقبول، استثناءا قد يتأخر الانعقاد رغم تلاقي إرادتي الطرفين في حالات معينة يحددها القانون مثل : اشتراط الكتابة الرسمية في عقد الرهن، وفي نفس السياق يرى جانب من الفقه أن حق التراجع يؤدي إلى تأخير إبرام العقد أي هذا الأخير لا يتكون من لحظة الاتفاق بين طرفيه ، وإنما من تاريخ نهاية مهلة التفكير الممنوحة للمستهلك وهذا يمثل خرق لمبدأ الرضائية . وطبقا لهذا الرأي فإن المستهلك يعدل هنا عن عقد لم يبرم بعد ومن أمثلته ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 9 من قانون 1971 المتعلق بالتعليم بالمراسلة حيث تقضي على عدم إبرام العقد قبل مرور 7 أيام على تاريخ تسلم وسائل التعليم،لكن رغم الاتفاق على وقف تنفيذ العقد حتى نهاية مهلة التفكير الممنوحة للمستهلك فإنهم اختلفوا حول الأساس القانوني لهذه المرحلة ما قبل إبرام العقد فهناك من فسرها بالعقد المؤقت وآخرين بالتكوين التعاقبي للعقد .

ثانيا: وقف تنفيذ العقد

يرى الرأي السائد في الفقه أن حق التراجع يوقف تنفيذ عقد تم إبرامه فعلا، حيث أن حق التراجع يمنح للمستهلك إمكانية العدول عن عقد صحيح، ولا يرتب العقد المتضمن حق التراجع آثاره إلا بعد انقضاء مهلة التفكير الممنوحة للمستهلك ، وهذا ما يمثل خرقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد حيث أن الأصل إذا انعقد العقد صحيحا مستوفيا شروطه الشكلية والموضوعية لا يجوز نقضه أو التراجع عنه بالإرادة المنفردة للمتعاقد وهو ما نصت عليه المادة 106 من ق م، وبالتالي منح المستهلك الحق في التراجع عن العقد يوقف تنفيذ العقد أي لا يرتب آثاره و ليس تكوينه ، وهو ما نصت عليه المشرع الجزائري في المادة 12 /ف 2 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي " لا تسري آثار عقد البيع : - مارس المقترض حقه في العدول ضمن الآجال المحددة له "، أي آثار العقد تتوقف حتى انتهاء مهلة التفكير الممنوحة للمقترض فإذا تراجع يزول العقد بأثر رجعي وكأن لم يكن وتنعدم جميع آثاره، أما إذا انقضت المدة الممنوحة له ولم يتراجع يفعل العقد وتسري آثاره في مواجهة الطرفين [34] .

الفرع الثاني: أثر ممارسة حق التراجع على المتعاقدين

إن استعمال المستهلك لحقه في التراجع عن العقد يترتب عليه التزامات على عاتق طرفي عقد الاستهلاك، أي المستهلك والمحترف وهي كالتالي:

أولا: بالنسبة للمستهلك

يـترتب على تفعيل حـق التراجـع عن العقد من قبل المستهلـك نقض العقد وعـودة المتعـاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، و بالتالي يلتزم المستهلك برد السلعة بنفس الحالة التي كانت عليها، وبما أن حق التراجع مجاني فلا يتحمل المستهلك أي مصاريف ما عدا مصاريف رد السلعة للمحترف أو تكلفة العقد في حد ذاته ، وهو ما نصت عليه المادة 90 مكرر /ف 2 من الأمر 06-04 بحيث يجب على المؤمن إعادة القسط إلى المكتتب بعد خصم تكلفة عقد التأمين ، ومن الواضح أن هذا الالتزام لا يكون إلا إذا كان محل العقد سلعة تحصل عليها المستهلك قبل التراجع عن العقد ، ولا يمكن تصور هذا الالتزام إذا كان محل العقد خدمة، ويمكن لأطراف العقد الاتفاق على تحمل المحترف لمصاريف رد السلعة إليه، وأيضا في حالة سلمه المحترف سلعة غير المتفق علها في عقد الاستهلاك حتى ولو كانت مطابقة لها من حيث الجودة والسعر وهو ما نصت عليه المادة 7/ف 3 من التوجيه الأوروبي رقم 7 سنة 1997 والمادة 41 من قانون حماية المستهلك المغربي [35].

ثانيا: بالنسبة للمحترف

إن تراجع المستهلك عن تعاقده خلال المدة القانونية أو الاتفاقية المحددة، يترتب عليه التزام المحترف برد الثمن أو مقابل الخدمة إلى المستهلك ، ولقد ألزمت أغلب التشريعات المحترف بمدة معينة على غرار التوجيهات الأوروبية والقانون الفرنسي الذي حددها ب 30 يوما تحسب من يوم علم المهني بقرار التراجع وهو ما نصت عليه المادة 15/222 من قانون الاستهلاك الفرنسي، هو ما ذهب إليه أيضا المشرع المغربي حيث حدد المدة ب 15 يوم من ممارسة الحق في الرجوع وهو ما نصت عليه المادة 37 من القانون 08-31 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك.أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حدد هذه المدة ب 30 يوم الموالية لاستلام رسالة المكتتب المتضمنة التراجع عن العقد وهو ما نصت عليه المادة 90 مكرر /ف2 من القانون 06-04. وفي حالة امتناع المهني عن رد الثمن فهذا يرتب جزاء مدني متمثل في الفوائد القانونية المستحقة على هذا الثمن والتي يبدأ سريانها من اليوم الموالي لانقضاء المهلة المحددة للرد ، يمكن تصور هذا الجزاء في القانون المدني إذا كان أحد أطراف العلاقة مؤسسة مالية لأن الفائدة بين الأفراد ممنوعة قانونا ، ويمكن أن يكون الجزاء متمثل في الغرامة المالية وهو ما نص عليه القانون الفرنسي والمغربي في تشريعات الاستهلاك [36]. ويقع على عاتق المحترف التزام ثاني ألا وهو استلام الشئ محل العقد شخصيا أو عن طريق نائب ولا يمكن تصور هذا الالتزام إلا إذا كان محل العقد سلعة وليس خدمة.

الخاتمة:

بناءا على ما سبق عرضه نستخلص أنه تم اعتماد حق التراجع كآلية لحماية المستهلك في مختلف التشريعات المقارنة، ولقد سار المشرع الجزائري على نفس الخطى حيث نظمه في مجالات مختلفة تجمع بينها حاجة المتعاقد الضعيف فيها إلى حماية خاصة لا توفرها له القواعد العامة للعقد، وتشريعات

الاستهلاك بما فيها حق التراجع أصبحت ضرورة حتمية نتيجة للتطور التكنولوجي وتنوع وسائل التعاقد والإشهار والدعاية، بشكل عجزت عن تغطية نتائجه قواعد النظرية العامة للعقد، حيث وجب إيجاد آليات حديثة تواكب التطورات و تغطي نقائص المبادئ التقليدية للعقد، لكن بالرغم من هذا يعتبر حق التراجع مساس خطير باستقرار المعاملات نتيجة لتعديه على واحدة من أهم مبادئ العقد ألا وهي القوة الملزمة ، وهو ما دفع بكل التشريعات إلى ضبط حق التراجع عن العقد بالشكل المحدد سلفا، رغبة من المشرع في الموازنة بين الضرورة والواقع.

وما يلاحظ بالنسبة للمشرع الجزائري أنه توجد عدة نقائص في نواحي مختلفة فيما يخص تنظيم حق التراجع عن العقد، برأينا أنه يجب إلزام المحترف بإعلام المستهلك عن حقه في التراجع خلال مدة معينة أثناء التعاقد ، لأن أغلب المستهلكين لا يعلمون حتى بوجود هذا الحق فكيف بممارسته وهذا يفرغ حق التراجع من كل هدف نظم من أجله، وأيضا ترتيب جزاء في حالة عدم تقيد المحترف بهذا الالتزام مثلا : بقاء أجل التراجع مفتوح إلى غاية علم المستهلك به. وكذلك من المستحسن تنظيم كيفية التراجع وذلك لتجنب الصدامات بين المستهلك والمحترف في هذا الخصوص، أيضا تبيان الجزاء المترتب عن عدم تقيد أطراف العقد بالتزاماتهم المترتبة عن تراجع المستهلك كما فعل المشرع المغربي والفرنسي، وأخيرا لقد ترك المشرع الجزائري للمحترف أو المهني تحديد آجال وكيفية التراجع عن العقد وذلك في عقد التأمين على الأشخاص والقانون الخاص بالتجارة الإلكترونية ، حيث ترك الحرية الكاملة للمحترف في تحديد أجل التراجع و كيفيته وشروطه أثناء التعاقد مع المستهلك، وهذا يتنافى تماما مع الهدف من تنظيم حق التراجع عن العقد خاصة وتشريعات الاستهلاك عامة ألا وهو حماية المستهلك في عقد غير متكافئ يضم طرف قوي اقتصاديا ومعرفيا، فكيف يعقل أن نمنح هذا الطرف القوي حرية تحديد آجال وشروط وكيفية ممارسة حق وجد في الأساس لحماية المتعاقد الضعيف في مواجهته، فمن المنطقي أن المحترف أو المهني سيحدد كل من الأجل والشروط والكيفيات بالطريقة التي تتماشى ومصلحته الخاصة لا مصلحة المستهلك، وبالتالي السؤال ما الفائدة من تنظيم حق سنحد من فعاليته أو حتى نلغيها لاحقا.

الهوامش:

1- المادة 106من القانون المدني الجزائري " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ".

Art.1103 « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

2- كرس المشرع الفرنسي هذا الحق لأول مرة في التشريع الخاص بالمراسلة الصادر بتاريخ 12 يوليو 1971 حيث منح الطال الحق في الرجوع عن تعاقده في ظرف 3 أشهر من تاريخ بدء تنفيذ العقد مع شرط تعويض المؤسسة بمبلغ لا يتجاوز 30 بالمائة من أجر التعليم ثم توالت القوانين بعد ذلك، و من أهمها قانون التمويل الائتماني الصادر في 3 يناير 1972 و أيضا في القانون الصادر في 1972/1/13 المتعلق بالسعي بالمنازل بقصد إبرام الاتفاقيات المالية ، و أيضا في مجال البيع بالمنازل من خلال القانون الصادر في 1972/12/22، و كذلك في قانون رقم 22/78 الصادر في 10 جانفي 1978 تحت عنوان " إعلام و حماية المستهلك في نطاق بعض عمليات الائتمان "، كما كرسه بعد ذلك في مجال عقود التأمين، و عمليات البيع عن بعد أو مسافة، أو عمليات البيع بواسطة التلفاز أو الراديو، و لقد عرفته العديد من التشريعات الأوروبية على غرار المشرع الألماني الذي نظمه أول مرة في قانون 1969 المتعلق بالبيوع الواردة على بعض القيم المنقولة ثم قانون 1974 المتعلق بالبيع بالتقسيط ة بعدها قانون التعليم بالمراسلة في سنة 1976، و لقد نظمه أيضا المشرع الإنجليزي لأول مرة في سنة 1946 في مجال البيع الإيجاري ، أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد نظمه المشرع المصري في قانون حماية المستهلك و كذلك المشرع التونسي والمغربي والمشرع اللبناني في قانون حماية المستهلك الصادر بتاريخ 5 شباط 2005. قد تكون أغلب التشريعات الوضعية نظمت حق التراجع لكن أصل هذا الحق موجود في الفقه الإسلامي و هو يقوم على نظرية العقد غير اللازم، و التي تستند إلى نظرية الخيارات في الفقه، حيث أن نظرية العقد غير اللازم تطرقت إلى حالات كثيرة للرجوع نظمها الفقه الإسلامي و كان هدفها الأساسي هو حماية رضا المستهلك و ليس التسرع فيه كما في القوانين الوضعية. أنظر :

نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك " دراسة مقارنة "، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2018، ص 323-325.

3- S. Mirabail, la rétractation en droit privé français, L.G.D.J, 1997, p 2.

4- نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك " دراسة مقارنة "، مرجع سابق، ص 318.

5- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 323.

6- S. Mirabail, op. cit, p 3-4.

7- قانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المعدل و المتمم للأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، ج ر، عدد 15، مؤرخة في 12 مارس 2006.

8- الأمر رقم 10-04 المؤرخ في16 أوت 2010 المعدل و المتمم لقانون النقد و القرض، ج ر ، عدد 50، مؤرخة 1 سبتمبر 2010.

9- مرسوم تنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12 ماي 2015 المتعلق بشروط و كيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر ، عدد 24، مؤرخة في 13 ماي 2015.

10- ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2016، ص 29.

11- ريان عادل ناصر، نفس المرجع، ص 33.

12- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، مرجع سابق، ص 327-328.

13- علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2013، ص 378.

14- علي فيلالي، نفس المرجع، ص 377.

15- سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، العدد 2، 2018، ص 16.

16- ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، مرجع سابق، ص 34.

17- خلوي نصيرة، الحماية المدنية للمستهلك عبر الإنترنت " دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، 2018، ص 286.

18- خلوي نصيرة، نفس المرجع، ص 287.

19- ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، مرجع سابق، ص 35.

20- أيمن مساعدة و علاء خصاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية و بيوع المسافة، مجلة الشريعة و القانون، العدد 46، أفريل 2011، ص 170.

21- مزغيش عبير و محمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المتصدية لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق و الحريات، العدد 4، أفريل 2017، جامعة بسكرة، ص 95.

22- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر، عدد 15، المؤرخة في 8 مارس 2009.

23- قانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر ، عدد 28، المؤرخة في 16 ماي 2018.

24- سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص 21.

المادة 38 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ج ر، عدد 5932، المؤرخة في 7 أبريل 2011، ص 1072.

25- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، مرجع سابق، ص 346- 353.

يقول الأستاذ بناسي " يبدو أن هذا التحليل (أي إخضاع التراجع عن العقد لنظرية التعسف) لا يصدق على حق الرجوع عن التعاقد في التشريع الجزائري، خاصة بعد تعديل القانون المدني سنة 2005، ذلك أن المادة 124 مكرر جعلت التعسف في استعمال صورة من صور الخطأ التقصيري، ومن ثم فقد حصرته في المجال التقصيري دون المجال العقدي، مما يعني أنه لا ينطبق على حق الرجوع المعروف في عقود الاستهلاك، يضاف إلى هذا أن إخضاع حق الرجوع إلى أحكام التعسف يعني بالضرورة منح الفرصة للمحترف للجوء إلى القضاء مما يؤدي

إلى إفقاد هذا الحق كل فائدة ترجى منه، و هو ما يتعارض مع الغاية التي توخاها المشرع من وراء تقنينه هذا الحق، إن حق الرجوع يمارس أيضا بصورة مجانية ".

26- يلس آسيا، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد " بين الحاجة و غموض النص "، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 14، أفريل 2017، ص 519.

27- كريم عزت حسن الشاذلي، النظام القانوني لحماية المستهلك الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظرية العامة للعقد و نظرية عقود الاستهلاك مع إشارة إلى التعديلات الواردة على قانون العقود الفرنسي الجديد عام 2016، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون طبعة، 2019، ص 340.

28- سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص 22.

29- كريم عزت حسن الشاذلي، النظام القانوني لحماية المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص 333.

30- مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون طبعة، 2016، ص 137-138.

31- يلس آسيا، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد "بين الحاجة و غموض النص "، مرجع سابق ، ص 518.

32- مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص 138.

- S.Mirabail, la rétractation en droit privé français, op. cit, p 236-237.

33- مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق ، ص 150.

34- نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 325إلى 328.

أنظر تفاصيل أكثر: شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، مرجع سابق، ص 355 إلى 370.

35- مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص 168-171.

المادة 41 من قانون المستهلك المغربي " يمكن للمورد أن يوفر منتوجا أو سلعة أو خدمة تكون لها نفس الجودة و نفس الثمن إذا كانت هذه الإمكانية معلن عنها قبل إبرام العقد أو منصوص عليها في العقد بصورة واضحة و مفهومة. و في هذه الحالة يتحمل المورد مصاريف الإرجاع المترتبة عن ممارسة حق التراجع، و يجب أن يخبر المستهلك بذلك "القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ج ر، عدد 5932، المؤرخة في 7 أبريل 2011، ص 1072.

36- مصطفى أحمد أبو عمرو، نفس المرجع، ص 165.

المادة 37 من قانون المستهلك المغربي رقم 08-31 " عند ممارسة حق التراجع يجب على المورد (المهني) أن يرد إلى المستهلك المبلغ المدفوع كاملا على الفور وعلى أبعد تقدير داخل الخمسة عشر يوما الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارسة الحق المذكور، و بعد انصرام الأجل المذكور، تترتب بقوة القانون، على المبلغ المستحق فوائد بالسعر القانوني المعمول به ".

المادة من نفس القانون " يعاقب بغرامة من 1200 إلى 50.000 درهم المورد الذي يرفض إرجاع المبالغ إلى المستهلك وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 37 و 40.في حالة العود ترفع الغرامة إلى الضعف.

يعتبر في حالة العود، من يرتكب مخالفة داخل أجل الخمس سنوات الموالية لصدور حكم حائز على قوة الشيء المقضي به من أج أفعال مماثلة ".

L.222 -15 (le fournisseur rembourse au consommateur dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours toutes les sommes qu'il a perçues de celui-ci en application du contrat …… Ce délai commence à courir le jour ou le fournisseur reçoit notification par le consommateur de sa volonté de se rétracter), Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016.