حق التراجع التشريعي عن العقد للمهني خارج نطاق تخصصه

The legistlative repent right of the contract for the professional outside his speciality

خالد بارودة[1]، د بخالد عجالي[2]

[1] مخبر تشريعات حماية النظام البيئي جامعة ابن خلدون تيارت،

maitre.barouda@gmail.com

[2] مخبر تشريعات جماية النظام البيئي جامعة ابن خلدون تيارت،

khaledadjalidroit@yahoo.com

تاريخ الإرسال: 2020/06/14 تاريخ القبول: 2022/09/27 تاريخ النشر: 2022/11/24

ملخص:

الأصل في الإرادة الحرية ولها أن تنشئ ما تشاء من العقود، ويعتبر العقد قانونا للأطراف فلا يجوز تعديله أو نقضه إلا بإرادتهم، لكن تطور الحياة الاقتصادية ولد عنه وجود أطراف متعاقدة تتميز عن بعضها. فأصبحت بين طرف قوي متفوق مهنيا واقتصاديا يسمى المهني من جهة، وطرف آخر ضعيف يسمى المستهلك من جهة أخرى. وفي سبيل التوفيق بين الطرفين أوجدت التشريعات الحديثة حق التراجع باعتباره أحد الوسائل الحمائية للطرف الضعيف، لكن هذا الضعف قد يصيب المهني خارج نطاق اختصاصه فينبغي توسيع هذه الحماية إلى هذا الطرف.

كلمات مفتاحية: العقد، المستهلك، حق التراجع، المهني خارج نطاق تخصصه.

Abstract:

The will is free to establish whatever contracts. The contract is a law of the parties, it can't be revoked or modified without their mutual consent. But the economic development resulted contracting parties that are distinct from each other. It became between a strong party

professionally and economically, called the professional on one side, and a weaker party called the consumer on the other hand. In order to reconcile the two parties, modern legislation has created the right to repent as one of the means of protecting the weak party. This weakness may affect the professional outside of his specialty, so this protection should be extended to this party.

Keywords: : *Contract; Consumer; Right to repent; Professional outside of his specialty.*

1- المؤلف المرسل: خالد بارودة، **الإيميل:** maitre.barouda@mail.com

مقدمة :

أساس النظرية التقليدية للعقد، حرية الفرد في إنشاء ما شاء من العقود انطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة، إذ أن العقد يعتبر قانونا للمتعاقدين. ولكن هذا المبدأ تراجع بسبب النظرية الحديثة التي أعملت أجتمعة العقد، وجعلت المشرع يتدخل في حماية الطرف الضعيف. إذ أن التعاقد أصبح بين مهني مختص في مجاله ومستهلك متسرع للتعاقد معرض للاستغلال. فتدخل المشرع بتنظيم العقد وإعطاء حقوق للطرف الضعيف لخلق مساواة بين الأطراف، وأهم هذه الحقوق حق التراجع. ولكن قد يتعاقد مهني خارج مجال اختصاصه فيكون طرفا ضعيفا، فهل يمكن اعتبار المهني خارج مجال اختصاصه مستهلكا؟ وما مدى استفادته من حق التراجع؟ وما موقف المشرع الجزائري من ذلك؟

ما يجعل موضوعنا مهما للبحث والدراسة كون أن التشريعات التي نظمت هذا الحق جاءت مبعثرة ومتفرقة والدراسات الفقهية والاجتهادات القضائية متذبذبة الرأي. كما أن الدراسات السابقة لم تفرد دراسة معمقة لهذا الموضوع إلا بصفة عرضية.

هدفنا من هذه الدراسة هو محاولة لوضع مفهوم مبسط لحق التراجع عن العقد، اعتمادا على التشريعات المقارنة، وتحديدا المشرع الفرنسي كونه نظم هذا الحق منذ أربعين سنة تقريبا، وفي المقابل المشرع الجزائري الذي اعتمد هذا الحق صراحة بموجب القانون 18-09 المعدل والمتمم لقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الصادر في 10 جوان 2018. وتعرضنا لهذا الحق بالذات ماهو إلا وسيلة للوصول إلى أحد أطراف العقد وهو المهني باعتباره مستهلكا وتسليط الضوء على الاختلافات والإشكالات القانونية التي أثيرت بين الفقه والقضاء والقانون.

في دراستنا لهذا الموضوع اعتمدنا المنهج التحليلي النقدي، وهذا من أجل تحليل النصوص القانونية ومحاولة نقد ما يعتريها من نقص، معتمدين كذلك منهجا مقارنا خاصة التشريع الفرنسي لإبراز أهم ما توصل إليه الفقه والقضاء، محاولين إسقاط ذلك على المشرع الجزائري.

للإجابة على الإشكالية سنضع إطارا مفاهيميا لحق التراجع في المبحث الأول ، ثم نعرض مدى اعتبار المهني خارج مجال اختصاصه مستهلكا ويستفيد من هذا الحق وموقف المشرع الجزائري في المبحث الثاني.

1. الإطار المفاهيمي لحق التراجع

1.1. حق التراجع[1]:

عرف في الفقه الإسلامي منذ القدم بما يعرف بخيار الرؤية، فيسمح هذا الأخير للمتعاقد الذي لم ير المبيع وقت إبرام العقد بالتراجع عند رؤية المبيع. [2] وهو أحد الآليات القانونية الحديثة لحماية المستهلك، وهو خروج عن النظرية التقليدية للعقد المنصبة على مبدأ القوة الملزمة للعقد. ويبرر هذا الحق على ضرورة حماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في مواجهة محترف.

1- نشأته:

نشأ هذا الحق مع تشريعات حماية المستهلك في القانون الفرنسي الصادر 13 جانفي 1972 المتعلق بالسعي إلى المنازل بقصد إبرام الاتفاقيات المالية،

وفي المادة 21 منه منح للشخص الذي يوقع في منزله على خط ادخار أو عقد يتعلق بالاستثمار، الحق في العدول عن ارتباطه خلال مدة لا تقل عن 15 يوما من تاريخ الاكتتاب.[3]

أكد التوجيه الأوروبي 97- 07 المتعلق بالتعاقد عن بعد في المادة السادسة منه والمرسوم الفرنسي 2001-741 في المادة ل 121-20 منه حق المستهلك في الرجوع ليس في مجال بيع السلع والمنتجات عن بعد فقط بل تعداه إلى مجال الخدمات عن بعد كذلك.

أما المشرع الجزائري فقد نص على هذا الحق في قانون التأمينات 06-04 المعدل والمتمم فنصت المادة 90 مكرر منه يجوز لمكتتب عقد التأمين على الأشخاص شهرين كحد أدنى أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط[4]، وكذا الأمر 10-04 المتعلق بالنقد والقرض وتحديدا المادة 119 مكرر1 منه فنصت أنه يمكن لأي شخص أكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على العقد" [5]. وكذا المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي فنصت المادة 11 منه على حق الرجوع للمشتري في أجل 8أيام عمل من تاريخ إمضاء العقد .[6] كما نص على هذا الحق بصفة أساسية وأعطاه تعريفا بموجب المادة 19 من القانون 18-09 المعدل والمتمم للقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك ومكافحة الغش.

2- تعريفه:

أ- التعريف الفقهي:

عرفه الفقه الإسلامي أنه "طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه"[7] كما عرفه بعض الفقه أنه وسيلة بمقتضاها يتيح المشرع لأحد المتعاقدين أن يعيد النظر من جديد من جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به مسبقا.[8] ما يعاب على هذا التعريف أنه أعطى هذا الحق لأحد أطراف العقد في حين أنه مخول فقط للطرف الضعيف كما سيأتي بيانه.

وهو"سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد والتحلل منه، دون توقف ذلك على إرادة الطرف الأخر".[9]

كما عرفه آخر أنه "ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد، بعد أن أبرم العقد صحيحا" [10]

يمكن القول أن هذا الحق هو أداة تشريعية لحماية المتعاقدين الذين يتعاقدون دون مناقشة لشروط العقد، وأوجد اعتبار آخر يبرر هذا الحق هو التعاقد الذي يتم عن بعد دون إمكانية حقيقية للمستهلك لرؤية ما يتعاقد عليه.[11] ما يلاحظ على هذا التعريف أنه حدد مجالات الأخذ بهذا الحق وهي العقود الاستهلاكية والعقود المبرمة عن بعد.

كما عرف أنه الحق الذي يمنح للمستهلك للرجوع عن العقد الذي ابرمه بشكل صحيح عن طريق التحلل منه بإرادته المنفردة خلال مدة محددة قانونا دون أن يتحمل تبعة ذلك باستثناء مصاريف الرجوع.[12] هذا التعريف هو الأقرب ليكون شاملا لكل النقائص التي اعترتها التعريفات السابقة لكن ما يعاب عليه أنه استعمال عبارة "حق" في التعريف وبالتالي لم يعط الإطار القانوني لهذا الحق.

يمكن تعريفه أنه سلطة منحها القانون للطرف الضعيف لنقض العقد واعتباره كأن لم يكن خلال مدة معينة دون أي مصاريف.

ب- التعريف التشريعي:

عرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 19 من القانون 18-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المشار إليه سابقا أن العدول هو:" حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب.." وقد انتقد الدكتور جريفيلي محمد في رسالته المشار إليها، أن استعمال المشرع لعبارة "منتوج" في التعريف يعد نقصا، إذ استثنى العديد من العقود[13]. لكن ما يمكننا قوله أن المشرع الجزائري، قد عرف المنتوج بموجب المادة 03 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم أن يشمل كل سلعة أو

خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا، وبالتالي فإن عبارة منتوج كانت شاملة.

3- نطاقه:

أشار المشرع الجزائري في المادة 19 من 18-09 المعدل والمتمم المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أن شروط ممارسة هذا الحق سيتم تحديدها عن طريق التنظيم، غير أنه أشار إلى هذا الحق في عقد القرض الاستهلاكي وعقد التأمين، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد حدد 03 أنواع من العقود يمكن فيها ممارسة هذا الحق، وهي العقود القرض الاستهلاكي والعقود المبرمة عن بعد والعقود المبرمة خارج المؤسسة.

أ- عقد الاستهلاك:

هو نوع حديث من أنواع العقود، ارتبطت تسميته بالنظر إلى أطرافه أحدهما يسمى المهني والآخر يسمى المستهلك، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 03 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية أنه :كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه."[14] ويعد عقد التأمين ضمن عقود الاذعان والاستهلاك لوجود طرف ضعيف يقبل شروط العقد أو يرفضها وطرف قوي يفرض شروطه.[15]

قرر المشرع الجزائري حق العدول عن التعاقد في المادة 11 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 15 -114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي التي نصت بأنه"غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية (08) أيام عمل تحسب من تاريخ إمضاء العقد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.[16]"

ب- العقود المبرمة خارج المؤسسة:

هذا النوع من العقود نظمه المشرع الفرنسي بموجب بموجب الأمر 2016-301 في المادة ل 221 من تقنين المستهلك والتي كانت سابقا المادة ل121-16 وهذه العقود تبرم خارج الموطن المعتاد للمهني الذي يمارس في نشاطه المهني.[17] فعرفها المشرع الفرنسي أنها كل عقد يربط المهني والمستهلك في المكان الذي لا يمارس فيه المهني نشاطه الدائم أو بشكل اعتيادي مع الوجود الفعلي للطرفين المتعاقدين مع المتابعة الفعلية للعرض المقدم للمستهلك، أو في المكان الذي يمارس فيه المهني نشاطه الدائم والمعتاد لكن بتقنية الاتصال عن بعد بشكل فوري في الوقت الذي يكون فيه المستهلك في مكان آخر مخالف لمكان نشاط هذا المهني، أو أثنا جولة منظمة من طرف المهني بهدف الترويج وبيع السلع والخدمات للمستهلك.[18]

لم ينص المشرع الجزائري على هذا النوع من العقود ولم ينظم أحكامها، لكنه نص على البيع في المنازل بموجب المادة 14 من المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بالقرض الاستهلاكي وقرر للمشتري حق العدول لمدة 7 أيام من تاريخ التسليم أو تقديم السلعة.

ج- العقود المبرمة عن بعد:

عرف التوجيه الأوروبي 2011/83 الصادر في 2011/10/25 في مادته 02:" كل عقد مبرم بين مهني ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم خدمات عن بعد، بدون الحضور المادي والمتزامن للمهني والمستهلك، الذي يستخدم تقنية أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد إلى غاية إبرام العقد."[19] وهو نفس التعريف الذي جاء به تقنين المستهلك الفرنسي بموجب المادة L221 – 1 من الأمر رقم 2016-301 المؤرخ 14 مارس 2016.[20]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يعرف العقد المبرم عن بعد بل عرف العقد الالكتروني كأحد صوره في المادة 06 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية أنه ذلك العقد الذي يبرم دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني.[21]

2.1. تقييم حق التراجع

نتعرض في هذا المطلب لتقييم حق التراجع بعرض أهم السلبيات أو الانتقادات التي تعرض لها، ثم نعرض أسباب تشريع هذا الحق.

1. الانتقادات الموجهة لحق التراجع:

-العبث بالوظيفة الاجتماعية للعقد

-تدخل المشرع في العقد مساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد

- إطالة أمد التعاقد: هدم العقد وزيادة تكاليفه ونفقات إجراءاته

-التمييز بين أطراف العقد تغليب طرف على الآخر من خلال عدم المساواة بينهما

-المساس بمبدأ الاستقرار القانوني للمعاملات.

2. أسباب تشريع حق التراجع:

أبرز د عمر عبد الباقي في مبررات حق التراجع يرجع عجز نظرية الإرادة، وعدم رؤية المعقود عليه، وآثار وسائل الاتصال.[22]

أ- عجز نظرية عيوب الإرادة عن توفير الحماية للمستهلك: هذه النظرية قاصرة عن حماية المستهلك المتعاقد عن بعد لأن هذا التعاقد غير تقليدي الأسلوب ومن تم ينبغي أن يواجه بوسائل غير تقليدية.

ب- تعذر رؤية المعقود عليه قبل أو أثناء إبرام العقد: تعذر المعاينة النافية للجهالة إذ هناك سلع لا تكفي مجرد رؤيتها كالأقمشة تتم معاينتها باللمس أو أطعمة ينبغي تذوقها أو روائح ينبغي معاينتها بالشم.

ج- الآثار السلبية لوسائل الاتصال:

استخدام تقنيات فنية عالية تتميز بقوة الجذب والإغراء، ما يؤدي إلى ضغط نفسي للمستهلك تجعله يتعاقد.

د- قوة المهني وتفوقه: يعتبر المهني قوي اقتصاديا وتقنيا ما يجعله مؤثرا على إرادة المستهلك.

2. مدى اعتبار المهني الذي يتعامل في غير تخصصه مستهلكا

2.1. الاتجاه المؤيد لاعتبار المهني مستهلكا:

يرى أصحاب هذا الرأي بإفادة المهني خارج تطاق اختصاصه مستهلكا، وفي سبيل ابراز هذا الطرح سنوضح مضمون هذا الرأي والأسس التي يرتكز عليها، ثم نعرض تطبيقات هذا الاتجاه أمام القضاء ثم نعرض الانتقادات.

أ- مضمون الاتجاه وأساسه: امتداد الحماية القانونية المقررة للمستهلك إلى المهني سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا. إذ يعتبر هذا الاتجاه "المستهلك هو من يتعاقد لهدف استعمال مال أو خدمة سواء لاستعماله الشخصي أو المهني" أو "هو من يتعاقد بهدف الاستهلاك" كالطبيب الذي يشتري معدات لعيادته، والتاجر الذي يشتري أثاثا لمباشرة نشاطه.[23] وفي تعريف آخر:" هو كل شخص يقوم بعملية الاستهلاك ولو كان يتعاقد من أجل حاجاته المهنية مادام يتعاقد بشأنه يخرج عن نطاق تخصصه. وقد أطلق عليه المشرع الفرنسي في المادة 35 من القانون 78 – 23 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية مصطلح غير المهني"le non-professionnel"[24]. وهو نفس المصطلح الذي استعمله في المادة 132 من القانون95- 96 المتعلق بالشروط التعسفية.

ب- تطبيقات القضاء الفرنسي المؤيد لهذا الطرح:

اعتبرت محكمة النقض الفرنسية بائع أسماك اشترى جهازا لإطفاء الحرائق، ومزارع تعاقد على تركيب نظام إطفاء الحرائق في موقع نشاطه أن هذا الطرف هو في نفس حالة الجهل التي يصاب بها أي مستهلك آخر وبالتالي يستفيد من أحكام القانون الصادر في 10 جانفي 1978.

وفي قضية أخرى تم السطو على محل أحد التجار الصغار فزاره أحد المشتغلين بالاتصال بالعملاء بمنازلهم لعقد الصفقات التجارية مقترحا عليه توريده وتركيبه جهاز إنذار بمتجره، ولذا التعاقد سدد التاجر مبلغ العربون إلا أنه بعد أن أعمل تفكيره تبين له أن تكلفة العملية المتعاقد بشأنها لا تتناسب مع وضعه المالي فقرر الرجوع في التعاقد وأبلغ قراره الشركة الموردة في المهلة المحددة لذلك، إلا أنها رفضت الاستجابة لطلبه ودفعت بأن هذا التاجر تعاقد

بصفته صاحب مهنة، ومن تم لا يجوز له التمسك بحق الرجوع في التعاقد المنصوص عليه في المادة 3 من قانون 24 ديسمبر 1972 ، إلا أن محكمة النقض قضت أن العقد الرئيسي موضوع النزاع يتعلق بتركيب جهاز إنذار ولا علاقة بالاختصاص المهني للتاجر والذي هو في نفس حالة الجهل التي يكون عليها أي مستهلك آخر.[25]

ج- الانتقادات:

1- التوسع في نطاق مفهوم المستهلك يتعارض مع الحكمة التي من أجلها تم وضع نصوص خاصة لحمايته وتلك المتعلقة بإعادة التوازن للعلاقة العقدية لحماية الطرف الضعيف.

2- لفظ غير المهني المنصوص عليه في المادة 35 من تشريع 1978/01/10 تم تحميله أكثر مما يطيق، وهو نص استثنائي، وإذا افترضنا جدلا صحة تفسير مصطلح غير المهني بـأنه المهني الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه، فإنه لا يجب سحب هذا التفسير إلى كل قوانين حماية المستهلك فالاستثناء يجب ألا يتوسع في تفسيره، ولا يجوز أن يقاس عليه.[26]

3- المهني خارج تخصصه يعد متفوقا من الناحية الاقتصادية، فضلا أنه أكثر خبرة وتبصرا ممن يتعاقد لأغراض شخصية، فلا يحتاج إلى هذه الحماية.[27]

4- **من حيث الأثر**: مفهوم المستهلك بهذا التصور الواسع لم تتضح حدوده حتى الآن وهذه الحماية لهذا المهني حماية غير مستحقة. كما أن معرفة ما إذا كان المهني يتصرف داخل تخصصه أو خارجه تتطلب البحث ونتيجة ذلك غير معروفة سلفا، في حين أن المتعاقدين في حاجة لمعرفة القانون الذي يحكمهم سلفا لاستقرار المعاملات.

2.2 الاتجاه المعارض:

يأخذ أصحاب هذا الرأي بالمعني الضيق فلا يعتبرون المهني خارج نطاق اختصاصه مستهلكا، ولابراز هذا الطرح سنوضح مضمون هذا الرأي والأسس

التي يرتكز عليها، ثم نعرض موقف المشرع الجزائري من خلال تعريفه للمستهلك، ونعرض تطبيقات هذا الاتجاه أمام القضاء ثم نعرض الرأي الحديث.

أ- مضمون الاتجاه وأساسه:

اتجه أصحاب هذا الرأي إلى التضييق في مفهوم المستهلك فعرفوه أنه:" كل شخص يتعاقد للحصول على حاجاته الشخصية أو العائلية"[28] وفي تعريف آخر هو "الشخص الذي لأجل احتياجاته الشخصية، غير المهنية يصبح طرفا في عقد للتزود بالسلع والخدمات."[29]

كل تصرف موجه لأغراض المهنة هو خارج إطار الاستهلاك، كما أن المهني بحكم خبرته المكتسبة للتفاعل المستمر مع السوق يستطيع أن يدافع عن مصالحه العقدية بشكل أفضل.[30]

وهذا ما أكده التوجيه الأوروبي الصادر في: 1993/04/05 في شأن الشروط التعسفية على تبني مفهوما أكثر حصرا للمستهلك فنص في المادة 2 منه أن المستهلك هو كل شخص طبيعي... يتجه سلوكه لأغراض لا تندرج في إطار نشاطه المهني.[31] فيرى أصحاب هذا الاتجاه أن مصطلح المستهلك يقتصر فقط على الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي.[32]

ب- موقف المشرع الجزائري من الاتجاه:

يبرز موقف المشرع الجزائري من خلال تعريف المستهلك، وقد عرفه في أكثر من نص قانوني فعرفه بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش أنه:"كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا وخدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجياته أو حاجات شخص آخر أو حيوان يتكفل به"[33]

أثار هذا التعريف إشكالا واسعا عند فقهاء القانون إذ أعتبر مصطلح الاستعمال الوسيط يشمل المهني والمستهلك على حد سواء.[34]

كما عرفه بموجب المادة 03 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش:أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا

سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجات شخص آخر أو حيوان متكفل به" [35] كما عرفه بموجب المادة 03 من القانون 04-02 : "أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني."[36] ما يلاحظ على تعريفين أن المشرع الجزائري قد أضاف بموجب القانون 09-03 عبارة "مجانا" كما أضاف مصطلح الاستعمال النهائي وهذا لإبعاد كل لبس، كما أضاف عبارة للغير وكذا الحيوان.

نشير أن المرسوم التنفيذي 90-39 المشار إليه سابقا، قد ألغي ضمنيا بموجب القانون 09-03، وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك بناء على النصوص السالفة الذكر، وبالتالي عدم اعتبار المهني خارج نطاق تخصصه مستهلكا.

ج - تطبيقات القضاء الفرنسي المؤيد لهذا الطرح:

ذهبت محكمة النقض الفرنسية في هذا الطرح أن المهنيين الذين يبرمون عقودا خارج نطاق تخصصهم لا يجب إفادتهم بالقواعد القانونية لحماية المستهلكين. وأيدت هذا الطرح لجنة الشروط التعسفية في فرنسا 1994/09/14، فالمحكمة التجارية بسان نازار قد طالبت الرأي في دعوى نشأت بين شركتين تجاريتين في شأن الصفة المزعوم أنها تعسفية لشرط متعلق بعقد خاص بجهاز تليفوني، فرأت اللجنة أن الشرط متنازع عليه وارد في عقد مبرم بين اثنين من أصحاب المهن بغية تلبية حاجيات مهنية، ومن ثم أعربت أنها غير مختصة بتقديم مشورتها، وتمسكت أن صفة غير المهني أو المستهلك لايعتد بها إطلاقا إزاء صاحب المهنة الذي يتعاقد من أجل احتياجات مهنية.

د- معيار عدم الارتباط المباشر بين تخصص المهني والعملية المتعاقد عليها:

يجد هذا المعيار أساسه في الفقه والقضاء الفرنسي بإضافة شرط أن لا تكون العملية المتعاقد عليها ذات صلة مباشرة بممارسة مهنته. إذ أن محكمة

النقض الفرنسية سنة 1995 وضعت هذا الضابط لفصل الخلاف بين الاتجاهين، وترك تقدير ذلك لقضاة الموضوع.[37]

بعد تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي في 2005/03/15 تبنت محكمة النقض فكرة أن الشخص المعنوي لا يعد مستهلكا، بل "غير مهني" يمكن أن تمتد إليه الحماية بشأن الشروط التعسفية، وقد تدعم هذا الاتجاه بقرار حديث صدر في2001/04/02 ، حيث أصبح المعيار المعتمد عليه في التمييز بين المستهلك والمهني هو صفة غير المهني وكذا الغاية من التصرف.[38]

- كما أن تعديل تقنين الاستهلاك الفرنسي سنة 2014 بموجب القانون 2014-344 في المادة التمهيدية عرف المستهلك أنه كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، الحر.[39] وهو مستوحى من التوجيه الأوروبي 2011-83 في المادة 2 منه لكن التوجيه الأوروبي استعمل مصطلح خارج نطاق نشاطه المهني في حين استبدل المشرع الفرنسي هذا المصطلح بـ "لاتدخل ضمن نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، الحر" وقد انتقد هذا التعريف بإهماله للزراعي مدى اعتباره مستهلكا أم لا. وعليه تم إلغاء القانون كذلك سنة 2016 بموجب الأمر 2016-301 وتم إعادة صياغة تقنين المستهلك من جديد باحتفاظه بنفس التعريف مع إضافة عبارة "زراعي".

وقد تم تعديل القانون كذلك سنة 2017 بموجب القانون 2017- 203 أين تم تعريف مصطلح "غير المهني" الذي طالما أثار إشكالات فقهية وقضائية أنه: **كل شخص معنوي لا يتصرف لأغراض مهنية"**[40]

أخذ المشرع الفرنسي بالاتجاه الموسع ومد الحماية للمهني بشروط.

أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الطرح في قرارها الصادر في 2018/09/12 حيث جاء فيه أن مهندسة معمارية تعاقدت مع شركة كوم تيك من أجل إنشاء واستخدام موقع على الأنترنيت من أجل نشاطه المهني. ثم أرادت التراجع عن العقد فرفضت الشركة ذلك. فاعتبرت محكمة النقض أن الاتصالات

التجارية والإعلان عبر موقع ويب لا يقع ضمن نطاق النشاط الرئيسي للمهندس المعماري، بالمعنى المقصود في المادة ل121-16-1، والتي أصبحت حاليا ل 221-3 من تقنين المستهلك بموجب الأمر رقم 2016-301 المؤرخ 14 مارس 2016، إذ متى توافرت شروط هذا النص والمتمثل في إبرام العقد خارج المؤسسة إضافة إلى عدم ارتباط العقد بالنشاط الرئيسي للمتعاقد وعدد عمال المؤسسة يساوي أو يقل عن 5، فاستفادت المهندسة من حق التراجع المنصوص عليه طبقا للمادة المنصوص عليها. [41]

الخاتمة:

ما يمكن استخلاصه أن المشرع الفرنسي بقي متأرجحا في مدى اعتبار المهني خارج نطاق تخصصه مستهلكا أم لا إلى غاية تعديل 2016، فاعتبره مستهلكا وأفاده بحق التراجع وذلك بتوافر ثلاث شروط في العقود المبرمة خارج المؤسسة التي يمارس فيها المهني نشاطه المعتاد، وأن يكون التعاقد خارج نطاق النشاط الأساسي للمهني، وأن يكون عدد عماله يساوي أو يقل عن خمسة عمال، وهذا بموجب المادة ل 221-3 الصادرة بموجب الأمر 2016-301 الصادر في 2016/03/14. كما أعطى تعريفا لغير المهني بموجب القانون2017-203 أنه كل شخص معنوي يتعاقد لغير أغراض مهنته. وما يلاحظ على الفقه الحديث وتوجه المشرع الفرنسي أنه اعتبر المهني خارج نطاق اختصاصه مستهلكا. وهذا عكس موقف المشرع الجزائري الذي أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك، وبالتالي لم يعتبر المهني خارج نطاق اختصاصه مستهلكا.

النتائج:

اعتبر المشرع الجزائري المستهلك شخصا طبيعيا أو معنويا الذي يقتني بصفة نهائية يوحي بالتناقض كون أن الشخص المعنوي ليس له أغراض شخصية أو عائلية لأنها صفات مرتبطة بالإنسان، وبالتالي نرى هذا تناقضا. كما أن تبني المشرع الجزائري لتعريف جديد للمستهلك الالكتروني في قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، باستعماله لمصطلح "الاستخدام النهائي"

في المادة 6 منه، فتح المجال من جديد للاختلاف في مدى استفادة المهني خارج نطاق تخصصه من حق التراجع. أما عن تطبيقات هذا الاختلاف فلم يتسنى رؤيتها أمام القضاء الجزائري، ونرجع ذلك إلى حداثة النصوص القانونية.

يمكن القول أن النظرية الحديثة التي سمحت للمشرع بالتدخل في العقد لحماية الطرف الضعيف، تسمح بالقول أن المهني خارج نطاق تخصصه يعد في نفس الموقف مع الشخص العادي، أي يكون في مركز الطرف الضعيف فينبغي أن يستفيد من حق التراجع كآلية حمائية.

التوصيات:

- ضرورة الأخذ بالمفهوم الموسع للمستهلك بضوابط محددة ودقيقة، أهمها المركز الضعيف بغض النظر عن صفته.

- اعتبار المهني خارج نطاق تخصصه مستهلكا بضابط الاستخدام النهائي، وليس بضابط الاستعمال الشخصي أو العائلي، لتفادي الخلط في التفسير لأن هناك بعض المنتجات تستعمل لغرض شخصي كما يمكن استعمالها لغرض مهني كالسيارة، والكمبيوتر والأثاث المكتبي.

التهميش و الإحالات :

[1]- هناك عدة مصطلحات قانونية استعملت للدلالة على هذا الحق، فالفقه الإسلامي استعمل مصطلح "خيار الرؤية"، وهناك من استعمل مصطلح "حق السحب" و"حق الندم"و"إعادة النظر" ، و"خيار العدول"، أما المشرع الجزائري فقد استعمل مصطلح "الحق في العدول" في المادة 19 من القانون 18-09 المعدل والمتمم لقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك ومكافحة الغش، ج ر عدد35، الصادرة بتاريخ 2018/06/13 .

[2]- علي فيلالي، 2013، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الجزائر، موفم للنشر، طبعة 3، ص 64.

[3] - محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص 56.

[4]- القانون 06-04 المعدل والمتمم للقانون 95-07 المتعلق بالتأمينات الصادر في 20 فيفري 2006 الجريدة الرسمية عدد 15.

[5]- الأمر 10-04 المعدل والمتمم للأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض الصادر في: 2010/08/26 الجريدة عدد 50.

[6]- المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي الصادر في 2015/05/12، الجريدة الرسمية عدد 24.

[7]- د عمر محمد عبد الباقي، 2004، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مصر، منشأة المعارف، ص 768.

[8]- عجالي بخالد، حق المستهلك الالكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، مقال منشور في مجلة الحقوق و الحريات، العدد 4 ، أفريل 2017، ص 335.نقلا عن د /سامح عبد الواحد التهامي، 2008، التعاقد عبر الانترنت، مصر ، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، ص321 .

[9]- د عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 768.

[10]- أد يوسف زاهية حورية، 2018، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الالكتروني، مقال منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية المجلد 7 عدد 2، 2018، ص 14.

[11]- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 57.

[12]- جريفيلي محمد، 2018/2017، حماية المستهلك في نطاق العقد، رسالة دكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، ص219.

[13]- جريفيلي محمد، المرجع نفسه، ص 221.

[14]- القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المؤرخ في 23 جوان 2004، الجريدة الرسمية عدد41.

[15] - سارة بوفلوكة، 2017، مدى انطباق خاصية الاذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي واتجاهات الفقه الحديث، مقال منشور في مجلة العلوم الانسانية، جامعة قسنطينة، المجلد أ، عدد 47، ص 385

[16]- المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي الصادر في 2015/05/12، الجريدة الرسمية عدد 24.

[17]- تقنين المستهلك الفرنسي وفق آخر تعديل 2020/01/01 متاح على الموقع: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20200410

[18]- جريفيلي محمد، المرجع السابق، ص232.

[19]- هذا التوجيه الأوربي ألغى التوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبي 97/7/CE في 20 ماي 1997. الجريدة الرسمية للإ تحاد الأوروبي عدد ل304 المؤرخة في 2011/11/22، ص 65.

[20] - الأمر رقم 2016-301 المعدل والمتمم لتقنين الاستهلاك الفرنسي المؤرخ 14 مارس 2016 الجريدة الرسمية الصادر في 2016/03/16، عدد64.

[21]- القانون 18-05 المؤرخ في: 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية عدد 21.

[22] - عمر عبد الباقي، المرجع السابق ص 854 و855.

[23]- د عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 31.

[24]- بوشارب إيمان، 2011-2012، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، ص22.

[25]- د عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 33.

[26] - د حسن عبد الباسط الجميعي، 1996، حماية المستهلك الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، القاهرة، دار النهضة العربية، ص12.

[27]- Jean Calais Auloy et autre, 2020, droit de la consommation, dalloz, 10ème ed, p 15.

[28]- د حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص13.

[29]- معمر بن علي وعبد المالك الدح، 2019، مبدأ السرية والافضاء في بيانات طرفي العقد الالكتروني، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، المجلد 7، العدد 2، ص 239. أيضا: د سلام عبد الزهرة الفتلاوي، سنة2013، نظرات في قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010، مقال منشور مجلة الكلية الاسلامية الجامعة،العراق، المجلد1، عدد 22، ص 74.

[30]- د عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 36.

[31]- د عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 37.

[32]- معروف عبد القادر، 2016/2017، الآليات القانونية لحماية صحة المستهلك، رسالة ماجستير، جامعة مستغانم، ص 24.

[33]- المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش المؤرخ في 1990/01/03 الجريدة الرسمية عدد5.

[34]- بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص 26

[35]- القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك الصادر في 2009/02/25 الجريدة الرسمية عدد 15.

[36]- في النص الفرنسي لنفس المادة أضاف المشرع الجزائري عبارة يستعمل

[37]- محمد عماد الدين عياض، سنة 2013، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مقال منشور مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، ص 65.

[38]- صياد الصادق، 2013/2012، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحامية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، ص 41

[39]- تقنين الاستهلاك الفرنسي 2014-344 الصادر في 2014/03/18 الجريدة الرسمية عدد65 وهي كالآتي بالنص الفرنسي:

Avant le livre Ier du Code de la consommation, il est ajouté un article préliminaire disposant qu' « est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »

http://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/05_2014/jcp-e.pdf (*consulté le 27/03/2020)*

[40]- جريفيلي محمد، المرجع السابق، ص 31.

[41]- قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الأولى بتاريخ: 2018/09/12 رقم 804.

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publies_2986/premiere_chambre_civile_3169/2018_8490/septembre_8937/804_12_40145.html *(consulté le 26/03/2020)*

قائمة المراجع:

- **المؤلفات**:

1- د حسن عبد الباسط جميعي، 1996، حماية المستهلك الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، مصر، دار النهضة العربية.

2- د سامح عبد الواحد التهامي، 2008، التعاقد عبر الانترنت، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر.

3- علي فيلالي،2013، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، طبعة 3.

4- د عمر محمد عبد الباقي، 2004، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مصر، منشأة المعارف.

5- محمد حسن قاسم، دون سنة، التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة.

باللغة الأجنبية:

- Jean Calais Auloy, Henri Temple et Malo Depincé, 2020, droit de la consommation, Dalloz, 10ème ed.

- **الأطروحات ورسائل الماجستير**:

1- إيمان بوشارب، 2011-2012 ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، الجزائر.

2- محمد جريفيلي، 2018/2017 ، حماية المستهلك في نطاق العقد، رسالة دكتوراه، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أدرار، الجزائر.

3- الصادق صياد، 2013/2012، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قسنطينة، الجزائر.

4- عبد القادر معروف، 2017/2016، الآليات القانونية لحماية صحة المستهلك، رسالة ماجستير، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ماجستير، جامعة مستغانم، الجزائر.

- **المقالات**:

1- حمد عماد الدين عياض، 2013، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، المجلد5، العدد 9.

2- سارة بوفلوكة، 2017، مدى انطباق خاصية الاذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي واتجاهات الفقه الحديث، مجلة العلوم الانسانية، جامعة قسنطينة، المجلد أ، عدد 47.

3- د.سلام عبد الزهرة الفتلاوي، 2013، نظرات في قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010، مجلة الكلية الاسلامية الجامعة،العراق، المجلد1، عدد 22.

4- معمر بن علي وعبد المالك الدح، 2019، مبدأ السرية والافضاء في بيانات طرفي العقد الالكتروني، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، المجلد 7، العدد 2.

5- أد زاهية حورية يوسف، 2018، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الالكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7، عدد 2.

- **المداخلات**:

- بخالد عجالي، يومي 10 و 11 أفريل2017 ، حق المستهلك الالكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، الملتقى الدولي

السابع عشر حول الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة،الجزائر. منشور في مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، المجلد 3، العدد 4 ، أفريل 2017.

- **مواقع الانترنيت**:

- تقنين المستهلك الفرنسي وفق آخر تعديل 2020/01/01 الموقع:
https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20200410 (consulté le 25/03/2020)

- تقنين الاستهلاك الفرنسي 2014-344 الصادر في 2014/03/18 الجريدة الرسمية عدد65 ، الموقع:
http://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/05_2014/jcp-e.pdf (consulté le 27/03/2020)

- قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الأولى بتاريخ: 2018/09/12 رقم 804 منشور على الموقع:
https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publies_2986/premiere_chambre_civile_3169/2018_8490/septembre_8937/804_12_40145.html(consulté le 26/03/2020)