قوائم المحتويات متاحة على ASJP المنصة الجزائرية للمجلات العلمية
الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية
الصفحة الرئيسية للمجلة: www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/552

أثر تشريعات الاستهلاك على مبدأ القوة الملزمة للعقد

The effect of consumption legislation on the principle of binding force of the contract

محمد خليفة كرفة [1].
[1] جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، القانون الخاص المقارن، الجزائر.

Key words:

-Legislations of consumption.

- the binding force of contract.

- the right to rescind the contract.

- abusive clauses.

Abstract

According to the principle of contractual freedom, the will of the parties is the source of the contract. Therefore, they are duty-bound to implement it in application of the principle of binding force of the contract. However, with the emergence of new contracting conditions, produced by industrial and technological development that greatly affected the consumer, who often no longer contracts of their own free will in view of the speed in concluding contracts or by virtue of his urgent need for the good or service, He often accepts to be a party in adhesion contracts that include abusive clauses against him.

Therein, the new contractual conditions have become a source of harm and threat to the interests of consumers, This made the legislator put in place legislation that includes special mechanisms to protect this category, Which consists in the right to rescind the contract and to void the abusive clauses.

معلومات المقال

تاريخ المقال:

الإرسال :2022-03-02

المراجعة : 2022-05-07

القبول : 2022-05-10

الكلمات المفتاحية:

- تشريعات الاستهلاك.
- مبدأ القوة الملزمة للعقد
- مكافحة الشروط التعسفية.
- الحق في الرجوع عن العقد.

ملخص

الأصل أن ارادة الأطراف هي مصدر العقد وفقا لمبدأ حرية التعاقد، لذا فهما ملزمون بتنفيذه تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أنه يجوز للارادة التي أنشأته نقضه أو تعديله، كما يجوز للمشرع نقضه أو تعديله استثناء و على سبيل الحصر بموجب نصوص خاصة واردة في القانون المدني حماية للمصلحة العامة.

كما أنه ومع بروز ظروف التعاقد الجديدة التي أفرزها التطور الصناعي والتكنولوجي التي أثرت كثيرا على المستهلك الذي لم يعد يتعاقد في كثير الأحيان وفقا لإرادة حرة بالنظر إلى السرعة في إبرام العقود حيث لم تتح له فرصة دراسة موضوع العقد وإبرامه للعقد فقط إذا كان العقد يصب في مصلحته، أو بحكم حاجته الملحة للسلعة أو الخدمة، فهو يقبل في كثير من الأحيان أن يكون طرفا في عقود تتضمن شروطا تعسفية.

لذا، أصبحت ظروف التعاقد الجديدة مصدر ضرر وتهديد لفئة المستهلكين التي تعد الشريحة الأكبر في المجتمع، مما جعل المشرع مرة أخرى يقوم بإصدار تشريعات تتضمن آليات خاصة بحماية هذه الفئة، تشكل مساسا بمبدأ القوة الملزمة للعقد والتي تتمثل في الحق في الرجوع عن العقد وبطلان الشروط التعسفية.

* Corresponding author at :university of chlef , Algeria.
Email : m.khelifa-kerfa@univ-chlef.dz

1. مقدمة

إن حاجة الأفراد إلى السلع والخدمات تدفعهم إلى التعاقد مع المحترفين بائعي هذه السلع و مقدمي هذه الخدمات، سواء كانوا أشخاصا طبيعية أو معنوية، وتلك حاجة وجدت مع وجود الانسان (**بودالي**، 2006، **صفحة** 9)

ويفترض أن كل متعاقد هو ذي أهلية ويتعاقد وفقا لارادة حرة هو مؤهل قانونا للدفاع عن مصالحه، لذا وجب عليه تنفيذ ما التزام، تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

بيد أن الواقع أفرز صيغاً تعاقدية جديدة، وأبان عن تطور كبىر في الطابع الفني للسلع والخدمات، على نحو لم ىعد التعاقد يتم بعد أن يعبر كل من الطرفين عن إرادة صحيحة تلاقي مثيلتها، وتشترك كلتاهما في صياغة المشروع العقدي، فضلاً عن أن المتعاقد، لم يعد يتعاقد مدفوعاً بحاجته للسلعة محل العقد أو الخدمة، وإنما أصبح يغري بالتعاقد، إلى الحد الذي أصبح ينتزع منه رضاءه بالعقد، أضف إلى ذلك حجم التطورات الكبيرة في المجالات العلمية والاقتصادية، والتي أدت إلى أن أصبحت معرفة المتعاقد بطبيعة وخصائص محل العقد، أمراً صعبا، وإزاء هذه المشكلات الحقيقة التي تواجه المستهلك في تكوين العقد، لم تعد نظرية عيوب الرضا حماية كافية للمستهلك الذي لم يعد يبرم العقد بإرادة حرة وكاملة (**دايج**، 2005، **صفحة** 2).

ولهذه الأسباب، برزت ضرورة حماية المستهلكين من السلوكات غير القانونية، ومن التعسف في الهيمنة الاقتصادية الملازم للنظم الاقتصادية السائدة (**بودالي**، 2006، **صفحة** 10). فرأى المشرع – لاعتبارات تتعلّق بحماية المستهلك – سن تشريعات الاستهلاك، للحد من مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ فإلى أي مدى فرض المشرع آليات بموجب تشريعات الاستهلاك تحد من مبدأ القوة الملزمة للعقد في سبيل تحقيق التوازن بين الحرية من جهة والعدالة والمصلحة العامة من جهة أخرى بين مصالح أطراف العقد ؟،

وعليه، سنحاول الاجابة في هذا البحث الذي يهدف في هذا إلى ابراز دور المشرع في تكريس حماية ارادة الأفراد في ابرام العقود وتحقيق التوازن بين مصالح أطراف العقد.

من خلال المنهج الوصفي لتشريعات الاستهلاك المرتبطة بموضوع البحث.

كما اعتمدنا على المنهج التحليلي قصد تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية التي استعنا بها في الموضوع والمرتبطة أساسا بمكافحة الشروط التعسفية و الحق في الرجوع عن العقد.

إن البحث حول موضوع أثر تشريعات الاستهلاك على مبدأ القوة الملزمة للعقد، مكننا من حصره في عنصرين، يتمثل الأول في مكافحة الشروط التعسفية، بينما يتمثل الثاني في الحق في الرجوع عن العقد.

2. مكافحة الشروط التعسفية

بقصد تدعيم النصوص العامة الواردة بالقانون المدني، اتجهت تشريعات الاستهلاك، الموجهة في مجملها لضمان أكبر قدر من الحماية للمستهلك، فيما يتعلق بجميع حاجاته المتعددة، بمناسبة إبرامه لعقود تتسم في الغالب بالاذعان وما تنطوي عليه من شروط تعسفية تؤدي إلى عدم التوازن.

لمواجهة هذا الوضع رصد المشرع القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010 ، وتطبيقا للمادة 30 من قانون 04-02 المذكور أعلاه، صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية (**التنفيذي**، 2006).

إن النصوص الواردة في هذه القوانين عرفت الشروط التعسفية كما حددت مجال وجودها، ووضعت أساليب تحديد هذه الشروط كما رتبت جزاء يطبق عليها.

2. 1. تعريف الشرط التعسفي

يجب التنويه بداية أن المشرع لم يتول تعريف الشروط التعسفية (**المادة** 110 **ق م كرست مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان دون أن تتضمن تعريف الشروط التعسفية.**)، إلا بمناسبة إصداره لقانون 04/02 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (**التجارية**، 2004)، وذلك بموجب المادة 5/3 التي تنص: " شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

الملاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد في تعريفه للشرط التعسفي على معيار الاخلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد، وهو المعيار المعتمد عليه لاعتبار الشرط تعسفي على مستوى التوجيه الأوروبي، ولا شك أنه معيار قانوني موضوعي لا يعتمد فيه على رقم معين لحساب عدم التوازن، مثلما هو الشأن بالنسبة للغبن.

ولعل خيار المشرع الجزائري هذا - بتعريف الشرط التعسفي - هو بمثابة استثناء على اتجاه التشريعات العربية كافة في عزوفها عن تعريف الشروط التعسفية، بالرغم من أنها كانت الأسبق في مواجهتها، وربما يرجع ذلك إلى وجود قناعة راسخة لديها بأن التعريف هو من اختصاص الفقه ولا علاقة للمشرع به (**الكلابي**، **صفحة** 222).

ولقد ثَّمن البعض (**رباحي**، 2008، **صفحة** 9) " هذا الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري بهذا الصدد، باعتباره أزال الكثير من التساؤلات التي أبدت بشأن تحديد طبيعة الشروط التي تستوجب الحماية منها، والمعايير اللاَّزم توافرها كي يوصف

بالشرط بأنه تعسفي".

2.2. مجال الشروط التعسفية

ان نطاق تطبيق القانون الخاص بالشروط التعسفية هو العنصر الحاسم في بيان الضمانات التي تكفل حماية أطراف العلاقة التعاقدية (**رباحي**، 2008، **صفحة** 307). ويمكن حصره مجاله من حيث الأشخاص كما يمكن تحديده من حيث العقود – المجال المادي – التي ترد عليها نصوص الحماية من الشروط التعسفية.

2. 2. 1. مجال الشروط التعسفية من حيث الأشخاص

إن مجال الشروط التعسفية من حيث الأشخاص يتمثل في العون الاقتصادي أو المتدخل، وكذلك يتمثل في المستهلك.

2. 2. 1. 1. العون الاقتصادي أو المتدخل

أشار المشرع إلى ذلك بشكل مباشر وصريح في كل من المادة 1/3 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية على النحو الآتي: " عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات **أيا كانت صفته القانونية**، يمارس نشاطه في الاطار المهني العادي أو **بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها**". والمادة 7/3 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على النحو الآتي: " المتدخل كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك".

2. 2. 1. 2. المستهلك

عرَّف المشرع المستهلك في المادة 2/3 من قانون الممارسات التجارية (**التجارية**، 2004)، حيث جاء فيها أن المستهلك هو: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع باستعماله لعبارة " ومجردة من كل طابع مهني" قد اتجه بما لا يدع مجالا للشك إلى تبني المفهوم الضيق للمستهلك، وهو الشخص الذي يقتني السلع و يستفيد من الخدمات لإشباع حاجاته الشخصية ودون أن تكون موجهة للاستعمال المهني.

كما أكد المشرع مرة أخرى على موقفه ذلك من خلال نص المادة 1/3 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (**الغش**، 2009) التي نصت على أنه أي المستهلك : " 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". وذلك باستعماله لعبارة " الاستعمال النهائي" التي تدل بأن المقتني أو مستعمل السلعة أو الخدمة لأغراض شخصية، هما من يضفي عليهما المشرع صفة المستهلك، ودون غيرهما.

يرى الفقه ضرورة التوسع في مفهوم المستهلك بشكل لا يؤدي إلى التوقف عند حد الشخص الذي يتعاقد من أجل استعمال السلعة أو الخدمة لأغراض شخصية واعتباره مستهلكا، وإنما مَّد هذا الوصف – المستهلك - ليشمل المهني الذي يتعاقد لأغراض مهنية، إلاَّ أنه يتصرف خارج درايته ومؤهلات تخصصه المهني (**رباحي**، 2008، **صفحة** 324).

يبدو أن هذا الاتجاه بطرحه هذا، يأخذ بمعيار الخبرة المهنية، فكلما كان الشخص الذي يتعاقد لأغراض مهنية، وخارج ميدانه المهني يعتبر في موضع المستهلك، مثله تماما مثل المستهلك الذي يتعاقد لأجل حاجاته الشخصية والعائلية (**رباحي**، 2008، **صفحة** 324).

2. 2. 2. نطاق تطبيق تشريعات الاستهلاك من حيث العقود

جاء في نص المادة 4/3 من القانون المتعلق بالممارسات التجارية أن: "عقد كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

انطلاقا من هذا النص أن المشرع حدد المجال الموضوعي للحماية من الشروط التعسفية بعقود الإذعان، والدليل على ذلك، هو استعماله الصريح لمصطلح "الإذعان"، وبهذا الصنيع يكون المشرع قد مزج بين عقد الاستهلاك وعقد الإذعان (**بناسي**، 2016/2015، **صفحة** 396) فالمشرع وفقا للمبادئ التي تحكم قانون المستهلك ، فإن إقرار الحماية لصالح المتعاقد الذي يتمتع بوصف المستهلك في مواجهة المتدخل غير كاف، وإنما يقتضي أيضًا أن يكون طرفا في عقد اذعان **(Ghenima, 2013, p. 25)**. وبالتالي، لا يوجد ما يبرر التوسع من نطاق الحماية إذا استطاع المستهلك التعاقد عن طريق التفاوض الحر بخصوص شروط العقد على الأقل بالنسبة للشرط الذي يراه تعسفيا **(Christiano, 1998, p. 103)**.

إن مصطلح الإذعان كان معروفا في القانون المدني، حيث أن نص المادة 70 ق م جاء فيه أنه: " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط يضعها الموجب لا يقبل مناقشة فيها". حيث أن المشرع اكتفى من خلال هذا القانون ببيان الأحكام المتعلقة بتكوين عقد الإذعان وتفسيره دون أن يتولى تعريفه (**بودالي**، 2006، **صفحة** 109).

إن التعريف الذي جاء به المشرع في المادة 4/3 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية يقترب كثيرا من مضمون المادة 70 من القانون المدني (**خيار**، 2012 / 2013، **صفحة** 14)، مما يعني أن المشرع ثابت على موقفه في تبني المفهوم القانوني لعقد الإذعان دون المفهوم الاقتصادي. مستندا على معيار واحد وهو حظر التفاوض حول بنود العقد، دون الاهتمام بأي ظرف آخر سواء تعلق بالمتعاقدين أو بمحل العقد **(Ghenima, 2013, p. 25)**.

بعد تحديد مجال الشروط التعسفية، يتوجب تحديد أساليب هذه الشروط.

2. 3. أساليب تحديد الشروط التعسفية

يتوقف تحديد الشروط التعسفية على ثلاثة أساليب، وهي على التوالي: الأسلوب التشريعي)، الأسلوب التنظيمي، وأخيرا الأسلوب القضائي.

2. 3. 1. الأسلوب التشريعي

لقد اعتمد المشرع هذا الأسلوب من خلال المادتين بالمادة 29 والمادة 30 من القانون 04-02 المتعلق الممارسات التجارية. عندما بادر بتحديد مسبق لجملة من الشروط على سبيل المثال واعتبرها تعسفية، يحتكم إليها أولا لتحديد طبيعة الشرط المتنازع فيه إن كان تعسفيا أم لا، وبهذا يكون المشرع قد قيد سلطة القاضي في تقدير الشروط الواردة بالقائمة ولا اجتهاد له بشأنها طالما أن وجودها تقرر وفقا لنص كما هو سائد فقها وقانونا (**بناسي**، 2016/2015، **صفحة** 325).

ومن أجل تحديد الشروط التعسفية جاء المشرع الجزائري بالمادة 29 من القانون المتعلق الممارسات التجارية، والمادة 5 من المرسوم التنفيذي 306/06 سالفي الذكر، بقائمتين من طبيعة واحدة ولم يفرق بينهما، ألا وهي الطبيعة الملزمة. واحتفظ للقاضي بسلطة في تقدير الطابع التعسفي فيما هو خارج عن مضمون القوائم التشريعية بالشروط التعسفية إعمالا لمعيار الاختلال الظاهر، كما أن الأسلوب الذي اعتمده هو ميزة الشروط التعسفية بقوة القانون بالإضافة إلى أن هذه القوائم واردة على سبيل المثال لا الحصر (**رباحي**، 2008، **صفحة** 69).

ويبدو أن المشرع الجزائري قد تبنى عن المشرع الألماني فكرة القوائم السوداء ذات الطابع الإلزامي، حيث ذهب في نص المادة 29 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية إلى ذكر ثمانية شروط اعتبرها تعسفية بقوة القانون، كما استحدث قائمة سوداء أخرى ذات طابع إلزامي بموجب المادة 5 من المرسوم التنفيذي 306/06 السالف الذكر، ولم يكتفي المشرع الجزائري بهذه الفكرة في هذا الصدد. و لكن تبنى عن المشرع الفرنسي فكرة أخرى تتمثل في عدم الاكتفاء بما جاء من الشروط التعسفية بقوة القانون في القوائم السوداء، مما يعني أن الشروط التعسفية الواردة في القوائم التشريعية جاءت على سبيل المثال لا الحصر (**رباحي**، 2008، **صفحة** 69).

وما يلاحظ أن موقف المشرع الجزائري هذا جاء متميِّزا عن جل التشريعات، حيث اعتمد قائمتين في المادتين 5 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، والمادة 5 من المرسوم 06/ 306 السالف الذكر بصبغة سوداء تتضمن كل واحدة منها شروطا تعسفية بقوة القانون في ذات الوقت لم يجعل من هذه الشروط الواردة في تلك القوائم واردة على سبيل الحصر، وإنما جعل منها شروطا وارد على سبيل المثال خارج نطاق القائمتين، مما يعني أن المشرع له قناعة شبه مطلقة بإمكانية وجود شروط تعسفية خارج نطاق القائمتين اعترافا منه على عدم القدرة على حصر الشروط التعسفية، فترك الباب مفتوحا للقضاء لتقدير طابعها التعسفي فيما كان خارج القائمتين من شروط تعسفية كلما كانت محل نزاع بشأنها تطبيقا لمعيار الاختلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات. ولا شك أن المشرع بموقفه هذا يطمح إلى تحقيق أكبر قدر من الحماية للمستهلك من خلال مكافحة الشروط التعسفية لتحقيق التوازن العقدي (**رباحي**، 2008، **صفحة** 69 **وما يليها**).

لأن المسألة تتعلق بحرية التعاقد، والتي تفتح المجال نحو المزيد من التحايل طالما أنها جاءت في إطار علاقة غير متكافئة بالطبيعة (**زمام**، 2014/2013، **صفحة** 165).

2. 3. 2. الأسلوب التنظيمي

إن تحديد الشروط التعسفية وفقا للأسلوب التنظيمي يتم من خلال جهتين: الأولى تتمثل في لجنة الشروط التعسفية أما الثانية، فتتمثل في السلطة التنفيذية التي خولها المشرع إصدار ما تراه مناسبا من الشروط التعسفية بموجب مراسيم.

2. 3. 2. 1. تحديد الشروط التعسفية عن طريق لجنة الشروط التعسفية

والمشرع الجزائري هو الآخر تبنى هذه الفكرة- إنشاء لجنة الشروط التعسفية- تابعة للوزير المكلف بالتجارة، وذلك بموجب المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، والتي جاء بها : " تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص " اللجنة". يرأس اللجنة ممثل الوزير المكلف بالتجارة تعد اللجنة نظامها الداخلي الذي يصادق عليه بقرار من الوزير المكلف بالتجارة، تسير اللجنة من طرف المصالح المعنية للوزارة المكلفة بالتجارة.

أما تحديد تشكيلة لجنة البنود التعسفية، فهذا ما تضمنه نص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 44/08 الصادر في 3 فيفري 2008 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 306/06 وأصبح النص الجديد كالآتي: " تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين.

- ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسة التجارية.

- ممثلان عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.

- ممثلان عن مجلس المنافسة.

- متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال للعقود.

- ممثلان عن جمعيات المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود".

وقد علق البعض (**سميرة**، 2013، **صفحة** 58) على هذا التعديل

بأن المشرع لم يحدد "من يتولى رئاسة اللجنة على عكس المادة القديمة (المادة 8 من المرسوم التنفيذي 06- 306 السالف الذكر) أين كان ممثل وزارة التجارة هو الرئيس. بالإضافة إلى كون ممثلي جمعيات المستهلكين لم يعد يشترط فيهم أن يكونوا من جمعية ذات طابع وطني، فقد يكون مرد هذا التغيير أن المشرع قد تدارك واقع جمعيات حماية المستهلك، فلم تبلغ المستوى الذي يؤهلها بأن تكون ذات طابع وطني من الناحية الواقعية. وهو ما لم يكن منصوصا عليه في المرسوم التنفيذي 06-306 السالف الذكر المادة القديمة، أين اشترط ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني".

هذا، ويمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها **(44/08)**، على أن يرأس اللجنة ممثل الوزير المكلف بالتجارة وعن تعيين أعضاء لجنة البنود التعسفية فيتم بقرار من الوزير المكلف بالتجارة، باقتراح من الوزراء(كوزارة العدل مثلا بالنسبة لممثل القضاء أو جمعيات حماية المستهلكين سواء كانت وطنية أو غير وطنية؛ بالنسبة للأشخاص المراد تمثيلها في لجنة البنود التعسفية، وذلك لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد بالطريقة نفسها للتعيين الأول، وهذا وفقا للمادة 9 من المرسوم التنفيذي 306/06 السالف الذكر على أن نص المادة 16 من المرسوم التنفيذي تضمن استبعاد أي عضو من المشاركة في المداولات الخاصة بمسائل يكون له فيها مصلحة، أو تجمعه بأحد أطرافها صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة أو يكون ممثلا لأحد الأطراف المعنية سبق له وأن مثله.

وما يلاحظ على تشكيلة اللجنة، أن المشرع لم يشر إلى ضرورة دعم تشكيلة اللجنة بأي تمثيل للشخصيات القانونية في المجال الفقهي المؤهلة في مجال الأعمال والعقود وإنما اكتفى فقط بعد بيان أعضاء اللجنة على جواز هذه الأخيرة الاستعانة بأي شخص آخر بإمكانه أن يفيدها في تنفيذ مهامها. ولا يخفى على أحد ما للفقه من دور في توجيه الأعمال ذات الطابع القانوني بشكل موضوعي ومحايد (**بغدادي**، 2015، **صفحة** 120)، لذا يستحسن بالمشرع الجزائري أن لما من أهمية في عضوية هذه الشخصيات القانونية في تشكيلة هذه اللجنة (**رباحي**، 2008، **صفحة** 338).

أما عن كيفية انعقاد اللجنة لممارسة مهامها، تطبيقا للمادة 11 من المرسوم رقم:06-306 السالف الذكر يتم بناء على إخطار من الوزير الأول المكلف بالتجارة أو من قبل كل إدارة أو جمعية مهنية، أو جمعية لحماية المستهلكين، أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك، كما يمكن أن تنعقد اللجنة من تلقاء نفسها.

من مهام لجنة الشروط التعسفية إصدار التوصيات الخاصة بضرورة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، وعلى أهمية هذه التوصيات في تحقيق التوازن بين حقوق والتزامات أطراف عقد الاستهلاك، إلا أن قيمتها القانونية تفتقد لأي طابع إلزامي، وان تم نشرها. إلا إذا تم إفراغها في شكل مراسيم تنفيذية أو في شكل أحكام قضائية على اعتبار أن الحكم القضائي لا يسري إلا في حق الخصوم ولو بأثر نسبي (**رباحي**، 2008، **صفحة** 340).

2. 3. 2. 2. رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم

يقصد به تدخل السلطة التنظيمية لإعداد قائمة بالشروط التعسفية، وبالرجوع إلى المادة 30 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية نجدها تنص على ما يلي: " بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية ". يتضح من هذا النص أن المشرع أخذ بالأسلوب التنظيمي، بحيث أنه خول السلطة التنظيمية التدخل من طريقين يتمثل الأول في تحديد العناصر الأساسية للعقود. أما الثاني فيتمثل في منع العمل ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية في مختلف أنواع العقود.

وبالفعل وتطبيقا لنص المادة 30 من قانون 02/04 المذكور أعلاه، صدر المرسوم التنفيذي 06-306 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية السالف الذكر.

من حيث العناصر الأساسية حددت المادة 2 من المرسوم المذكور أعلاه المقصود بها، حيث اعتبرتها تلك العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية أمن ومطابقة و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع". وبينت المادة 3 أن العناصر الأساسية تتعلق بما يلي:" – خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها.- الأسعار والتعريفات. – كيفيات الدفع.- شروط التسليم وآجاله. – عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم. – كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات. – شروط تعديل البنود التعاقدية. – شروط تسوية النزاعات. – إجراءات فسخ العقد.

أما من حيث البنود التي تعتبر تعسفية، فقد حددتها المادة 5 المرسوم التنفيذي 06-306 السالف الذكر بقولها: " تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: "- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 2 و 3 أعلاه. – الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك – عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض. – التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده. – فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل أيام العقد. – الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

– تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته. – فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك– الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته – يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

وأهم ما يلاحظ في هذا الشأن وفقا للبعض تم تلخيصه في النقاط الآتية:

- من خلال عنوان المرسوم التنفيذي 06-306 السالف الذكر، فإن المشرع حصر نطاق الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، مخالفا بذلك نص المادة الأولى من القانون 04-02 السالف الذكر التي اعتبرت الهدف من هذا الأخير هو: " تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء و المستهلكين".

- اعتبار المشرع الشروط التي ذكرتها المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306 السالف الذكر شروطا تعسفية بقوة القانون، بمعنى أن لون القائمة المذكورة أعلاه هو أسود، ومن ثم يكون المدعي معفى من إثبات طابعها التعسفي (**بناسي**، 2016/2015، **صفحة** 425)

2. 3. 3. الأسلوب القضائي

بالرجوع إلى القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، نجد أن المشرع الجزائري لم يتخذ موقفا واضحا إزاء مسألة سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشروط التي لم يرد بشأنها مراسيم تنفيذية (**بناسي**، 2016/2015، **صفحة** 431). ولكن بالإمكان استخلاص ذلك وفقا لرأي البعض (**رباحي**، 2008، **صفحة** 370) (**بناسي**، 2016/2015، **صفحة** 431)- ولو بصورة ضمنية - من خلال التدقيق في بعض النصوص الموجودة بهذا القانون، حيث يرى هذا الجانب من الفقه أن المشرع الجزائري لم يحصر دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية المحظورة بموجب مراسيم تنفيذية فقط، بل إن دوره يتعدى ذلك إلى البحث في كل الشروط الواردة في العقود التي تجمع بين المستهلكين والأعوان الاقتصاديين على ضوء المعايير التي وضعها المشرع من خلال تعريفه للشرط التعسفي، بدليل تعريفه للشرط التعسفي في قانون الممارسات التجارية بموجب المادة 5/3 منه والذي تضمن معيار الإخلال الظاهر بالحقوق والالتزامات الخاص بتقدير الطابع التعسفي للشرط، ليكون ذلك مساعدا للقاضي في تحديد طبيعة الشروط المعروضة أمامه، والقول بغير ذلك يجعل من نص المادة 5/3 التي تتضمن تعريف الشرط التعسفي زائدة، وليس لها ما يبرر وجودها قانونا، لأن المشرع بإمكانه حظر جملة من الشروط التي يراها تعسفية، دون أن يلجأ إلى تعريف الشرط التعسفي بهذا الشكل، كما أن القضاء هو الآخر في غنى عن وجود نص يتضمن معيار لتقدير الطابع التعسفي للشرط، ما دام دوره يقتصر على النظر في الشروط التعسفية الواردة في المراسيم دون غيرها (**رباحي**، 2008، **صفحة** 370).

وفي نفس السياق يضيف البعض (**بناسي**، 2016/2015، **صفحة** 431) أن المادة 5/3 المتعلقة بتعريف الشرط التعسفي تقتضي تدخل القاضي، ذلك أن تقدير الطابع التعسفي لشرط ما يتم بالنظر إلى مجموع بنود العقد، وهذا التقدير هو من صميم عمل القاضي. (**بناسي**، 2016/2015، **صفحة** 431) وبالتالي، إذا ثبت للقاضي أن الشرط محل النزاع غير وارد في قوائم الشروط التعسفية المحددة قانونا، فله أن يستعمل كامل سلطته في تحديد طبيعة الشرط؛ لأن الأمر يتعلق بمسائل واقع لا قانون، وحكمه يعد منشئا لا كاشفا، فيطالب المستهلك أو جمعيات المستهلكين، بإثبات الطابع التعسفي للشرط بناء على قاعدة " البينة على من ادعى"، وبالمقابل يكون للعون الاقتصادي الحق في نفي الطابع التعسفي للشرط، وللقاضي بعد ذلك كله الحكم على الشرط، انطلاقا من المعيار الذي حدده المشرع الجزائري للشرط التعسفي من المادة 5/3 من قانون الممارسات التجارية، أو توصيات لجنة البنود التعسفية (**رباحي**، 2008، **صفحة** 380).

وتساءل الفقه حول إمكانية تدخل القاضي الجزائري من تلقاء نفسه لمواجهة الشروط التعسفية ؟. ثم أجاب بإمكانية ذلك على أساس أن نصوص قانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية والمرسوم التنفيذي 06/306 من القانون الحمائي، وبالتالي يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه حتى في حالة غياب نص يقضي بذلك. وإما افتراض أن هذه النصوص تتعلق بالنظام العام التوجيهي؛ على اعتبار أنها تهدف إلى حماية الطرف الضعيف بالإضافة إلى أنها تهدف إلى تهذيب مجموع العلاقات العقدية، وما يدعم هذا الطرح أن المشرع نفسه أجاز بمقتضى المادة 65 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية المنشأة طبقا للقانون، ولكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل محترف قام بمخالفة أحكام قانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية (**بناسي**، 2016/2015، **صفحة** 431).

وإذا ما تأكد الطابع التعسفي للشرط، ترتب عليه جزاء قانوني متنوع.

2. 4. جزاء الشروط التعسفية

تعد الشروط العقدية جزءا لا يتجزأ من العقد، لذا فهي مشمولة بحسب الأصل بقوته الملزمة. ومع ذلك، وبالنظر لما يمثله الشرط التعسفي من إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق أطراف العقد وواجباتهم، تدخل المشرع لحظره على نطاق واسع في عقود الاستهلاك تحت طائلة العقوبة، متجاوزا بذلك

مبدأ القوة الملزمة في هذا الصنف من العقود (**محمد**، 2016، **صفحة** 258)

إن جزاء إدراج الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك متنوع بين جزاء مدني، جزاء اداري، وبين جزاء جزائي

2. 4. 1. **الجزاء المدني**

إن جزاء إدراج الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك متنوع بين البطلان كأسلوب إقصاء الشروط التعسفية، وهو ما يمكن استخلاصه ضمنيا من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية وبين التعويض باعتباره وسيلة لجبر الضرر الذي لحق بالمستهلك والناجم عن وجود شرط تعسفي بإرادة المحترف.

2. 4. 1. 1. **بطلان الشرط**

لم يرصد المشرع جزاءً للشرط التعسفي بشكل صريح في قانون الممارسات التجارية مثلما فعل في المادة 110 والمادة 622 من القانون المدني (**مدني**، 75)، إلا أن إن الحماية الفعلية للمستهلك تقتضي البحث عن جزاء ملائم لمصلحته في الحصول على السلعة أو الخدمة التي من أجلها قد تعاقد مع المحترف، ولتحقيق تلك المصلحة كان لا بد من تقرير البطلان الجزئي للعقد، أي بطلان الشرط دون بطلان العقد، وهذا الجزاء يمكن استخلاصه ضمنا من مجمل نصوص قانون الممارسات التجارية، واستدل الفقه بعدة حجج نذكرها في الآتي: (**رباحي**، 2008، **صفحة** 381)

- أن نص المادة الأولى التي جاء فيها: " يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي يقوم بها الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه". فهو يرى من خلال هذا النص أن المشرع يهدف من وراء إصدار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية إلى حماية المستهلك من جميع أشكال الممارسات غير الشفافة أو غير النزيهة أو التعسفية، رصد لها المشرع جزاء جزائي لها، يدل أن هذه الأفعال تمس بالنظام العام والآداب، وكما هو مسلم به وفقا للقواعد العامة، أن كل شرط مخالف للنظام العام فهو باطل (**رباحي**، 2008، **صفحة** 381، 382).

- حيث أنه بالاعتماد على نص المادة 30 من قانون الممارسات التجارية التي تتيح للسلطات التنظيمية إمكانية منع العمل في مختلف أنواع العقود بالشروط التي تعتبر تعسفية، ووفقا لهذا الرأي، فإن مخالفة المنع أي الحظر ، يترتب عنه حسب القواعد العامة في الجزاء البطلان، وقد استجاب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 لهذه الرغبة ، كونه يلزم المحترفين الامتناع عن إدراجها بالعقود التي تجمعهم مع المستهلكين، وان خالفوا ذلك كان للقاضي أن يحكم ببطلانها لتعلق خرقها بالنظام العام" (**رباحي**، 2008، **صفحة** 381، 382).

كما أن المشرع يرتب البطلان كجزاء على الشرط التعسفي، وما يؤكد هذا الحكم هو ما جاء في القانون 09-03 المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش ، عندما تناول مسألة ضمان المنتوجات في نص المادة 13 منه " ..... يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة ".

ومهما يكن، فإن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في هذه المناسبة - حتى عن طريق اثبات أن وجود جزاء ببطلان الشرط التعسفي ولو ضمنيا في قانون الممارسات التجارية- فالمشرع يكون بذلك قد رجع خطوة للوراء، ذلك أنه كان من المفروض أن ينص على هذا الجزاء صراحة بالنظر إلى تطور التشريع يقتضي هذا الأمر وليس العكس، حيث أنه كما سبق بيانه أن المشرع اعتمد الجزاء المدني للشروط التعسفية صراحة في الكثير من المناسبات على غرار نص المادة 112 ق م، وسكت عنه في قانون الممارسات التجارية، وكان من المفروض أن ينص عليه بشكل واضح طالما أنه ينتهج سياسة حمائية للمستهلك.

مع ضرورة الإشارة إلى أنه في بعض الحالات قد يؤدي بطلان الشرط التعسفي إلى بطلان العقد وهي حالات محددة:

- إذا كان العقد يحتوي على شرط عدم قابليته للتجزئة، فالعقد لم يقبل إلا لكي ينفذ في جميع شروطه.

- إذا أثبت المحترف أن الشرط الذي اعتبر تعسفيا كان له تأثير في تحديد رضاه (**زوبة**، 2016، **صفحة** 140، 141).

- إذا كان الشرط التعاقدي غير المشروع جوهريا في العقد، يكون العقد باطلا بطلانا كليا (**حملة**، 2016، **صفحة** 330).

وما يلاحظ أن هذا الجزاء – بطلان الشرط التعسفي مع الابقاء على العقد- يتعلق أساسا بالنظام العام وبعيد عن إرادة المتعاقدين، إذ أن تقدير الطابع التعسفي للشرط وتقرير بطلانه عمل حصري للمشرع والقاضي، كما لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، فهو عمل يكتسي الطابع الموضوعي يستهدف المشرع من ورائه إلى تحقيق وظيفة مزدوجة، فهو مقرر لتحقيق مصالح المستهلك، وفي نفس الوقت له وظيفة أخرى وهي استقرار المعاملات، كون العقد ولد ليحيا ويكتمل وجوده واستمراره بتنفيذه لا بطلانه وإنهائه (**بعجي**، 2017، **صفحة** 208).

2. 4. 1. 2. **التعويض**

إن التعويض كجزاء مدني يترتب على مخالفة أحكام القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية بإدراج شرط تعسفي في العقد تناوله المشرع بنص صريح في أكثر من موضع بموجب المادة 65 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية والتي جاء فيها: " دون المساس بأحكام المادة 02 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل

عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون. كما يمكن التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم".

إن الحق في رفع دعوى التعويض مقرر لكل شخص طبيعي أي المستهلك أو معنوي متمثلا في جمعيات حماية المستهلك تجاوزا لمبدأ الأثر النسبي شريطة توافر المصلحة، طالما أنه لا دعوى بدون مصلحة (**العطياوي**، 2011، **صفحة** 158).

والجهة المختصة بالنظر في قضايا التعويض كجزاء مدني يهدف مواجهة الشروط التعسفية وفقا للقانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية هو القضاء المدني أو القضاء الجنائي استثناءً كدعاوى مدنية بالتبعية (**رباحي**، 2008، **صفحة** 382).

ويلاحظ أن تخويل جمعيات حماية المستهلكين الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر غير كاف لمحاربة الشروط التعسفية، وكان الأجدر بالمشرع أن ينص صراحة على توسيع صلاحيات جمعيات حماية المستهلك، وذلك للمطالبة بالغاء الشروط التعسفية (**فاضل**، 2016، **صفحة** 330).

2. 4.2. الجزاء الجزائي

لقد كرس المشرع الجزاء الجزائي في حالة ما إذا ورد شرط تعسفي في العقود المبرمة ما بين المحترف والمستهلك، وذلك في نص المادة المادة 38 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية:

" تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 من هذا القانون، يعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار 50.000 إلى خمسة ملايين دينار 5.000.000 دج".

وتقر تشريعات الاستهلاك الجزاء الجزائي بسبب التعامل بالشروط التعسفية، فضلا عن الجزاء المدني إدراكا منها أن الجزاء الجزائي يكون له تأثير على المحترف الذي لا يأبه بالجزاء المدني، كما يعكس ذلك صرامة المشرع في التعاطي مع ظاهرة الممارسات التعسفية في عقود الاستهلاك (**زوبة**، 2016، **صفحة** 145).

3. الحق في الرجوع عن العقد

يقتضي البحث في هذا العنصر الخوض في مسألتين: تتمثل الأولى قي تحديد مفهومه، أما الثانية، فتتمثل في بيان أحكامه.

1. 3. مفهوم الحق في الرجوع

في ظل غياب تعريف قانوني لحق الرجوع حاول الفقه تعريفه عن طريق ابراز عناصره، مما يسمح بتمييزه عن الأنظمة القانونية المشابهة له.

1.1.3. تعريف الحق في الرجوع

لقد تصدى المشرع لتعريف هذا الحق بموجب المادة 2/19 من القانون 09/18 المعدل والمتمم للقانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، التي جاء فيها أن: " العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب "، إلا أن هذا التعريف لم يستوفي عدة خصائص تميزه، أثارها الفقيه الراحل جيرار كورني G. Cornu بتعريف له يعد أشهر ما عرف به على أنه: "تعبير عن إرادة معاكسة بمقتضاها يقصد صاحب تصرف أو تعبير بإرادة منفردة الرجوع عن إرادته وسحبها وكأنها لم تكن من أجل إفراغها من كل أثر في الماضي والمستقبل " (Cornu، 2011، **صفحة** 729) نقلا عن (**بناسي**، 2016/2015، **صفحة** 322)

1.1.1.3. الرجوع حق بدون مقابل

نظرا لأن هذا الحق يعتبر من الحقوق المطلقة، فهذا يعني أن استعمال هذا الحق يكون مجانا، أي إعفاء المستهلك من أي مقابل كتعويض اتجاه المهني، وبهذا الشكل يعتبر خيار الرجوع آلية مجانية لأجل إحداث توازن عقدي في حالة إفراط المهني في استغلال قوته، أو استناد المستهلك لمعرفته المتواضعة (**عرعارة**، 2016، **صفحة** 266).

إلا أننا نلاحظ أن الحكم الذي جاءت به المادة 32 من قانون الترقية العقارية من قانون 11/04 خاص حيث يشترط أن المرقي العقاري يستفيد بنسبة 15% من مبلغ التسبيق المدفوع، وهذا فيه دلالة غير مباشرة على أن استعمال المستهلك للحق في الرجوع في هذا المجال يخضع إلى دفع مقابل لذلك هو أشبه ما يكون بالتعويض القانوني.

2.1.1.3. خيار الرجوع يخضع للتقدير الانفرادي للمستهلك

فهو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، لذلك يشترط فيه ما يشترط في التصرف القانوني من أهلية للتصرف وإرادة خالية من العيوب، وهو من هذا الجانب يبدو أنه تعبير عن الإرادة يتضمن سحب قرار التعاقد الذي يكون قد اتخذه المستهلك في وقت سابق دون تبصر تحت تأثير أساليب الإغراء والإشهار (**بناسي**، 2016/2015، **صفحة** 323).

وإمكانية الرجوع هو تعبير عن الإرادة لاحق يترتب عن الاستفادة من مهلة التفكير في عقود الاستهلاك، لا يجوز التمسك به إلا من قبل المتعاقد الذي تقرر هذا الحق لمصلحته وهو المستهلك، فحق الرجوع كما يرى بعض الفقه يمثل ظاهرة فردية ثمرة تفكير شخصي ومسيرة لمسار نفسي (**عرعارة**، 2016، **صفحة** 268). ومن هذا المنطلق، فان الحق في الرجوع إذن يخضع للإرادة المنفردة للمستهلك دون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي يقضي بذلك، أو الحصول على موافقة الطرف الآخر، بل حتى ولو كان محل العقد مطابقا لحاجاته ورغباته، أو كان سليما خاليا من أي عيب، فليس للمحترف حق مناقشة المستهلك في أسباب استخدامه الحق في الرجوع عن العقد (**خصاونة**، 2011، **صفحة** 200). وهذا ما يعد مساسا بمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي لا يخول المتعاقد التحلل من العقد بإرادته المنفردة (**خصاونة**، 2011، **صفحة** 182).

3.1.1.3. حق الرجوع: الإعلان عن إرادة مضادة لإرادة سابقة

إن هذا العنصر يقتضي أن مجرد تتال في الزمن بين إرادتين تمثلان الدعامة الأساسية للرجوع عن العقد، أو كما يرى البعض أن هذا العنصر يمثل جوهر الرجوع، إذ يفترض وجود إرادة سابقة اختارت التعاقد تحت تأثير الإغراء والإشهار، وبعد مهلة معينة من التفكير والتروي اتجهت إرادة لاحقة إلى سحب قرار التعاقد، مما يعني وجود إرادتين متعارضتين اتجاه العقد الواحد، وما دام أنه لا مجال لوجود إرادتين معا جنبا إلى جنب بهذا الشكل، فالمنطق يقتضي حلول الإرادة الجديدة محل الإرادة الأولى؛ إذ على أساسها يتحدد مصير العقد ألا وهو الإلغاء. (**بناسي**، 2016/2015، **صفحة** 323) (**عرعارة**، 2016، **صفحة** 269).

4.1.1.3. حق الرجوع إفراغ التعبير الأول من كل أثر قانوني

لا شك أن إحلال الإرادة الجديدة محل الإرادة الأولى سيؤدي إلى إلغاء لهذه الأخيرة آثارها، وبهذه الميزة للحق في الرجوع فهو يختلف عن التبادل العادي للإرادة نتيجة ظروف جديدة لا يسري أثره إلا بالنسبة للمستقبل دون أن يكون له أثر رجعي بشكل يؤدي إلى إلغاء الإرادة السابقة المعلن عنها، ففي مثل هذه الحالة الأخيرة لا نكون أمام إحلال، وإنما وجود لإرادتين مختلفتين في زمان مختلف لا تهدف الإرادة الجديدة إلى نفي الإرادة السابقة (**بناسي**، 2016/2015، **صفحة** 223، 224).

2.1.3. تمييز الحق في الرجوع عن بعض الأنظمة المشابهة

إن اشتراك الحق في الرجوع عن العقد مع بعض صور إنهاء العقد في بعض الخصائص تقتضي التمييز بينهما من أجل تفادي أي خلط ممكن بينهما، ولهذا فهو متميز عن الحق في إبطال العقد، أيضا الفسخ بالإرادة المنفردة، وكذلك عن إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

1.2.1.3. تمييز الحق في الرجوع عن الحق في طلب الإبطال

تتعدد أوجه الخلاف بين الحق في الرجوع عن العقد وطلب إبطال العقد، فمنها ما يتعلق بمحل الحماية أو ما يتعلق بمجال الحماية أو ممارسة الحق في الرجوع عن التعاقد أو طلب إبطال العقد.

1.1.2.1.3. من حيث محل الحماية

يتحد كل من الحق في الرجوع عن العقد والحق في إبطال العقد من حيث محل الحماية وهو الرضا، إلا أن هناك اختلاف بينهما في هذا الشأن، الأمر الذي وجد من أجل مواجهته كل منهما، فبينما نجد أن الحق في الرجوع تقرر من أجل التصدي لحالة التسرع في التعاقد التي تدفع المستهلك إلى إبرام العقد دون ترو، بالمقابل نجد أن الحق في الإبطال تقرر من أجل مواجهة عيوب الإرادة (**الباقي**، 2004، **صفحة** 786).

2.1.2.1.3. من حيث مجال الحماية

إن عيوب الإرادة التي تعد المحرك بالنسبة إلى الحق في الإبطال تتحدد في الغالب - باستثناء الغلط - بالنظر إلى سلوك المتعاقد الآخر الذي يساهم في تعيب إرادة المستهلك، فيدفعه إلى التعاقد، مما يعني أن السبب هو موضوعي بالنسبة إلى هذا الأخير لا دخل له فيه. بينما الملاحظ أن الحق في الرجوع هو مقرر من أجل حماية المستهلك من نفسه، أي من ضعفه الشخصي وعدم خبرته في موضوع المعاملة، حيث لا مجال للبحث في سلوك المهني (**الباقي**، 2004، **صفحة** 786).

3.1.2.1.3. من حيث نطاق الحماية

إن الحق في الرجوع يعد استثناءً على مبدأ القوة الملزمة للعقد، مما يعني أن نطاقه لا يمتد إلى كل عقود الاستهلاك، وإنما محدد بعقود معينة قدر المشرع فيها أهمية منح المستهلك هذا الحق (**الباقي**، 2004، **صفحة** 787)، وذلك خلافا لنظرية عيوب الإرادة - التي تعد من أسباب ثبوت الحق في الإبطال القابلة للتطبيق على كافة العقود

4.1.2.1.3. من حيث ممارسة خيار الرجوع في التعاقد أو طلب إبطال العقد

إن ممارسة الحق في الرجوع يتم بإرادة المستهلك المنفردة دون الحاجة لمباشرة أي إجراء بما فيها اللجوء إلى القضاء، أما إبطال العقد فلا يتم إلا عن طريق هذا الجهاز. ويترتب على ذلك، أن إبطال العقد ينشأ كأثر ممارسة حق مقيد، نظرا لأن تقريره يتوقف على حكم القضاء بذلك، على العكس من ذلك، بالنسبة إلى الحق بالرجوع، الذي هو بمثابة تطبيق لحق مطلق، ويقتضي هذا أن مصير العقد يخضع لمحض إرادة صاحب هذا الحق (**الباقي**، 2004، **صفحة** 787).

5.1.2.1.3. من حيث بالحاجة إلى تسبيب التمسك بالرجوع أو الإبطال

إن من أهم ما يتميز به الحق في الرجوع هو عدم التزام من تقرر لمصلحته هذا الحق بتقديم أسباب لاستعماله، وذلك سواء كان هذا الحق مصدره العقد أو كان مصدره القانون. بخلاف طلب إبطال العقد حيث أن المتعاقد الذي تقرر لمصلحته هذا الحق إذا هو اختار التمسك به يقع عليه عبء إثبات أن إرادته مشوبة بعيب من عيوبها.

2.1.2.3. التمييز بين الحق في الرجوع وفسخ العقد بالإرادة المنفردة

نميز فيما يأتي بين الحق في الرجوع وفسخ العقد بالإرادة المنفردة من حيث الأساس ثم من حيث الطبيعة

1.2.2.1.3. من حيث الأساس

إن الحق في الرجوع يجد أساسه في قواعد العدالة ومبدأ حسن النية، فالعدالة تقضي عدم التزام الشخص بعقد، يمتنع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه المقابل، كما تقضي أيضا

برفع الظلم، والحل الوحيد لهذه الحالة هو فسخ العقد، كما أنه مما يتنافى ومبادئ حسن النية، الإبقاء على عقد قد أخل أحد طرفيه بالتزامه التعاقدي، وذلك خلافا للحق في الرجوع عن العقد الذي يجد أساسه في كل من مبدأ سلطان الإرادة، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، متى كان اتفاقيا، وفي فكرة العقد غير اللازم إذا كان ثابتا بنص القانون.

3. 1. 2. 2. 2. **من حيث الطبيعة**

إن الفسخ هو الجزاء الذي يترتب على عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي، ولأن مناط الفسخ هو عدم التنفيذ بسبب خطأ المدين، فنجده يتسم بخصائص النظام الجزائي، وهو جزاء بالمعنى الواسع، الذي لا يفيد معنى العقوبة، وإنما يعبر به عن كل وسيلة لحماية أمر قانوني.

بينما الحق في الرجوع عن التعاقد هو حق خالص للمستهلك يستعمله بإرادته المنفردة، لا علاقة له بالجزاء المشار إليه أعلاه، يهدف إلى الاستثاق من رضا المتعاقد فيما يتعلق بتمهله وتريثه لدى إبرام العقد.

ويترتب على ذلك أن المستهلك غير ملزم بالتعويض لمجرد استعماله لحق الرجوع عن العقد، إذ هو لم يرتكب خطأ يرتب ضرر يستوجب التعويض، أما الحكم بالفسخ يمكن أن يكون مع التعويض عن الضرر الذي لحق بالدائن بسبب ما فاته من كسب.

3. 1. 2. 3. **تمييز الحق في الرجوع عن العقد عن إلغاء العقد بالإرادة المنفردة**

يتميز الحق في الرجوع عن العقد عن إلغاء العقد بالإرادة المنفردة من حيث الغرض، وكذلك من حيث نطاق الأثر المترتب على كل منهما.

3. 1. 2. 3. 1. **من حيث الغرض**

يختلف الهدف من تقرير إنهاء العقد بالإرادة المنفردة بنص قانوني من عقد إلى آخر، حيث يتقرر الحق في إنهاء العقود الزمنية غير محددة المدة بالإرادة المنفردة، نظرا لأن القانون يجعل من الالتزام الأبدي مخالفا للنظام العام، فأقر هذه الوسيلة من أجل إنهائه. أما بالنسبة للعقود الفورية كالوكالة والشركة فهي عقود تتم في الغالب على أساس الاعتبار الشخصي، أي تتطلب قدر كافي من الثقة والأمانة في العلاقة بين أطرافها، وفي حالة انعدام هذه الأسس يتقرر الحق للمتعاقد المتضرر من أجل إنهاء العقد بإرادته المنفردة (**الباقي**، 2004، **صفحة** 797) (**بناسي**، 2016/2015، **صفحة** 226).

أما بالنسبة للحق في الرجوع عن العقد فهو مقرر كأصل عام، حماية للمستهلك من التسرع في إبرام العقد تحت تأثير وسائل الإعلان والدعاية (**بناسي**، 2016/2015، **صفحة** 327).

3. 1. 2. 3. 2. **من حيث نطاق الأثر المترتب**

إن الإنهاء بالإرادة المنفردة لا يسري أثره إلا بالنسبة إلى المستقبل دون أن يكون له أثر رجعي، أي دون المساس بآثار العقد المترتبة في الماضي قبل إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مما يعني أن هذه الآلية لا تحول دون الاعتراف بوجود العقد في فترة معينة، وهي المرحلة التي السابقة على إنهاء العقد بالإرادة المنفردة. على العكس من ذلك، فان الحق في الرجوع له أثر عام، أي يتسم بالأثر الرجعي، بمعنى ينفي وجود العقد بالنسبة للحاضر والماضي والمستقبل. كما يعتبر من أثاره إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد.

3. 1. 3. **مجال الحق في الرجوع عن التعاقد**

أورد المشرع مبدأ عاما على حق المستهلك الحق في الرجوع عن العقد من خلال المادة 19 من القانون 18/ 09 المعدل والمتمم بقانون حماية المستهلك وقمع الغش، والتي تنص عن حق المستهلك في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف اضافية..." إلا أن العمل بهذه المادة يخضع لنصوص تنظيمية خاصة لم تر النور بعد، وأمام هذا الفراغ القانوني، يبقى الحق في الرجوع يشكل استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، حصرته تشريعات الاستهلاك – كما رأى الفقه - في مجالين: أولهما يتعلق بطبيعة العملية العقدية المراد إبرامها، وثانيهما يتعلق بتقنيات التوزيع المستعملة من قبل المحترف.

3. 1. 3. 1. **حماية المستهلك بسبب طبيعة العملية العقدية**

تتجلى صور تقرير الحق في الرجوع حماية للمستهلك بسبب طبيعة العملية العقدية في كل من مجال القرض الاستهلاكي، وكذلك مجال التأمين على الحياة.

3. 1. 3. 1. 1. **القرض الاستهلاكي**

كرس المشرع حق الرجوع صراحة في المادة 2/11 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي التي جاء فيها:" غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية (8) أيام عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

3. 1. 3. 1. 2. **التأمين على الحياة**

وفقا للمادة 64 من القانون رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، فإن التأمين على الحياة هو عقد يلتزم بموجبه المؤمن بدفع مبلغ محدد للمؤمن له عند تاريخ معين مقابل قسط إذا بقي المؤمن له على قيد الحياة عند هذا التاريخ.

وما يلاحظ أن المشرع سبق له وأن كرس الحق في الرجوع في هذا النوع من التأمين، في القانون المدني من خلال م 631 قبل إلغائها بموجب القانون 80-07 المؤرخ في 9 أوت 1980 المتعلق بالتأمينات والتي تنص على ما يلي:" يجوز للمؤمن له

الذي التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة".

وبالرغم من أن القانون 95-07 المذكور أعلاه لم يتضمن نصا مماثلا لنص المادة 631 ق م، إلا أن المشرع تدارك هذا الأمر بموجب تعديل 2006، من خلال المادة 70 مكرر من نفس القانون، حيث تضمنت هذه الأخيرة التزام يقع على المؤمن في عقد التأمين على الأشخاص والرسملة، بمقتضاه يتعين عليه أن يسلم المكتتب كشوف بيانات إجبارية هامة خاصة بعدة أمور منها: "آجال وكيفيات التراجع عن العقد". ثم كرست المادة 90 مكرر1 الحق في الرجوع بشكل واضح في التأمين على الحياة؛ إذ نصت:" باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين(2) كحد أدنى، أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط".

3. 1. 3. 2. حماية المستهلك بسبب تقنيات التوزيع المستعملة

نظمت تشريعات الاستهلاك صور أخرى للحق في الرجوع لسبب آخر يتعلق بتقنيات التوزيع المستعملة من قبل المحترف، ويظهر ذلك بصورة واضحة، في البيع بالمنزل، والبيع عن بعد.

3. 1. 3. 2. 1. البيع بالمنزل

لقد أشار المشرع إلى هذا النوع من البيوع في المادة 1/14 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ونفس المادة نصت على حق المشتري في العدول يمتد أجله إلى سبعة (7) أيام عمل، إذ نصت على ما يلي: " عندما يتم بيع المنتوج على مستوى المنزل، فان مدة العدول تكون سبعة(7) أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة ". فهذا النوع من البيع يتضمن ذهاب المحترف إلى المستهلك لكي يعرض عليه أموال أو وهو عادة يتم بمنزل المستهلك والذي يسمى أيضا vente à domicile أي البيع بالمنزل **(Steinmetz, 2000, p. 107)**

وإذا كان لهذا النوع من البيع يحقق بعض المزايا كونه يؤدي إلى تقريب العملية العقدية من المستهلك مما يعني أن هذا الأخير يتجنب عناء التنقل إلى محل المحترف، فان مساوئه كثيرة، وهي عموما تتركز حول الأسلوب الاستفزازي، ذلك أنه يتم مفاجأة المستهلك بمحل إقامته بطريقة احترافية تجعله يقبل على اقتناء منتوجات بتسرع ودون ترو، فيما بعد يكتشف عدم ملاءمتها لحاجاته ، بالرغم من ثمنها الباهظ، مما يعني أن المستهلك يتعاقد حول منتوج دون إجراء مقارنة بمثيله في السوق، ومن الاطلاع على ثمنه الحقيقي، وهذا وضع ضعف أشد ما يكون فيه في حاجة إلى الحماية (**بودالي**، 2006، **صفحة** 137).

3. 1. 3. 2. 2. البيع عن بعد

وهو البيع الذي ينعقد وينفذ دون الحضور المادي للبائع، فهذا الأخير يتصل بالمشتري عن طريق وسيلة اتصال عن بعد، ويجيبه المشتري هو الآخر بوسيلة اتصال عن بعد (**بناسي**، 2015/2016، **صفحة** 341)، فهو تعاقد بين غائبين، يتم عن طريق إرسال الشركة أو المحل التجاري، قائمة بالسلع التي يريد بيعها أو الخدمات التي يقدمها، مرفقة بطلب رسمي بالشراء إلى المرسل إليه (المستهلك)، ويطلب منه التوقيع على هذا الطلب الذي يعتبر بمثابة إيجاب وإعادته للمرسل الذي يقوم بدوره بإرسال ما يطلبه المستهلك (**موسى**، 2007، **صفحة** 417).

وما يلاحظ أن هذا البيع يحقق للمشتري عدة مزايا من بينها: التعاقد بهذا الشكل يجنب المشتري عناء التنقل من جانب، كما أنه يتيح له التفكير قبل اتخاذ قرار الشراء، ومع ذلك فهو ينطوي على عدة آثار سلبية. من جانب أول قد يشكل اعتداء على الحياة الخاصة بالمستهلك بسبب العروض الهائلة الموجهة إليه بمنزله، ومن جانب آخر قد يتسلم المستهلك محلا لا يعكس بدقة ما اتجهت إليه إرادته وقت التعاقد، ومن جانب ثالث قد تكون المدة الفاصلة بين طلب المنتوج وتسلمه طويلة بشكل يؤثر على مصالح المستهلك، ومن جانب رابع قد يلتزم المشتري بدفع الثمن دون أن يتلقى حقا، نتيجة إعسار البائع، أو اختفائه (**بناسي**، 2015/2016، **صفحة** 341).

و ما يلاحظ أن أحكام القانون المدني هي التي تحكم هذا النوع من البيع في ظل غياب التنظيم الخاص له إلا إذا تم إلكترونيا فإنه يخضع لأحكام قانون 18/ 05 المتعلق بالتجارة الالكترونية (**الالكترونية**، 2018).

2.3. أحكام الرجوع عن العقد

نظرا لخطورة مكنة الرجوع عن العقد على بقاء العقد واستمراره، لابد من تنظىم ممارسة استعمالها، كما يتعين تبيان الآثار المترتبة علبها الرجوع.

3. 2. 1. تنظيم استعمال الحق في الرجوع

يجد الرجوع التشريعي مصدره في القانون، ويحدد هذا المصدر الإجراءات والشروط الواجب مراعاتها عند ممارسته، وحيث أن هذه المكنة تتقرر استثناء من القاعدة العامة، ولخطورة ما تنطوي عليه من آثار، فان جميع أحكامها متعلقة بالنظام العام، وعليه فإننا نستبعد ابتداء الاتفاق على أحكام منظمة أو معدلة للآثار التي نص عليها المشرع في القوانين التي أقرت هذه المكنة.

3. 2. 1. 1. إعمال حق الرجوع بصورة إرادية صريحة

أن التصريح بالرجوع أمر ضروري، ولا يمكن أن يقع الرجوع بطريقة ضمنية، وهذا ما يقتضي استقرار وأمن العقد، وكذلك حق الرجوع هو ذو طابع استثنائي فالميزة الأولى التي يستوجبها إمكانية الرجوع هو ضرورة التصريح به (**عرعارة**، 2016، **صفحة** 268).

وتساءل الفقه (**بناسي**، 2015/2016، **صفحة** 347) حول إمكانية أن يتم إعمال الحق في الرجوع في تشريعات الاستهلاك عن طريق التعبير الضمني كوسيلة للتعبير عن الإرادة ؟.

يظهر من خلال تطبيقات حق الرجوع الواردة في تشريعات الاستهلاك، أنها لا تشير إلا على وسيلة واحدة لاستعمال الحق في الرجوع – والتي تعتبر من بين وسائل التعبير الصريح عن الإرادة - حيث تتمثل في رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام، و هو ما نصت عليه المادة 90 مكرر/1 من قانون التأمينات من أن الرجوع عن العقد يكون: " برسالة خلال ثلاثين (30) يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط".

ويتضح مما سبق في هذا الصدد أن المشرع يميل إلى استعمال الحق في الرجوع عن العقد وفقا للتعبير الصريح عن الإرادة، وذلك باتخاذ وسائل موضوعة في ذاتها للكشف عن الإرادة بحسب المألوف بين الناس،ويكون ذلك من خلال المظاهر التي ذكرتها المادة 60ق م.

كما تساءل الفقه **(Mirabail, p. 240)** (**بناسي**، 2015/2016، **صفحة** 349) مرة أخرى حول مدى إلزام المستهلك بمراعاة أشكال جوهرية في التعبير الصريح لأجل استعمال الحق في الرجوع عن العقد، بتخلفها يصبح هذا الأخير عديم الأثر قانونا.

ينبغي الإشارة إلى أن المشرع لا يشترط مراعاة أي شكل جوهري في التعبير الصريح عن إرادة الرجوع عن العقد، وما الرسالة الموصى عليها مع وصل الاستلام التي أشار إليها المشرع في نص المادة 90 مكرر1 من قانون التأمينات ألا وسيلة للإثبات وليس شكل جوهري، مما يعني جواز أن يتم التعبير الصريح عن إرادة الرجوع عن العقد بوسيلة أخر كورقة محررة عن طريق المحضر القضائي أو بوصل استلام من البائع (**بناسي**، 2015/2016، **صفحة** 349).

إذن، لم يحدد المشرع كأصل عام (ولكن هناك استثناء على هذا الأصل وهو أن المشرع أشار إلى أن استعمال الحق في التراجع عن عقد التأمين على الأشخاص الذي تزيد مدة عن شهرين يكون عن طريق رسالة موجهة إلى المؤمن وفقا للمادة 90 مكرر 1 من قانون التأمينات.) شكلا معينا لتعبير المستهلك عن عدوله عن العقد، وبالتالي يجوز له أن يعبر عن ذلك في أي شكل يدل على ذلك العدول بطريق صريح.

غير أنه، من الناحية العملية، من مصلحة المستهلك أن يحتاط من هذا الجانب، وذلك عن طريق استعمال وسيلة لإثبات العدول عن العقد في حال منازعة المهني له (**يونس**، 2016، **صفحة** 26).

3. 2. 1. 2. احترام المدة القانونية لممارسة الحق في الرجوع

إن اشتراط ممارسة الحق في الرجوع عن العقد خلال مدة يحددها المشرع، هو القاسم المشترك الوحيد بين جميع القوانين التي أقرت هذا الحق (**دايح**، 2005، **صفحة** 16)، والذي يفترض أن استعمال الحق في الرجوع مرتبط بمدة زمنية، بمعنى أنه حق مؤقت، تكريسا لاستقرار المعاملات (**الباقي**، 2004، **صفحة** 781) وإنهاء حالة التهديد التي تصاحب وجوده **(Mirabail, p. 235)**، إذ ليس من العدالة أن يبقى المركز القانوني للمحترف مضطربا مدة طويلة يمكن مفاجأته خلالها (**الجعفري**، 2017، **صفحة** 640).

وتتحدد مدة استعمال الحق في الرجوع بالنظر إلى ضرورة التوفيق بين اعتبارين: أولهما، حماية رضا من تقرر لمصلحته هذا الحق، وثانيهما: مراعاة مصلحة الطرف الآخر الذي يسعى إلى تحقيق الاستقرار لمركزه وللعقد (**الباقي**، 2004، **صفحة** 782).

وبالنظر إلى اختلاف العقود التي تقرر بشأنها هذا الحق، يستلزم تبعا لذلك اختلاف مدة كل منهما، باعتبار أن المتعاقد الذي تقرر له هذا الحق في عقد معين يواجه ظروف تستدعي حمايته تختلف عن ظروف أخرى تستدعي حماية متعاقد يكون طرفا في عقد آخر تقرر له هذا الحق (**الباقي**، 2004، **صفحة** 782).

وتطبيقا لهذه الأفكار، نجد أن المشرع كرس الحق في الرجوع في بعض العقود حماية للمستهلك، ولكن حماية لمصحة المحترف من جانب آخر اشترط عليه استعماله في خلال مدة معينة، كما يلاحظ أن هذه المدة المقررة لاستعمال الحق في الرجوع في العقود التي تقرر فيها هذا الحق لم تكن محددة بشكل موحد، فنجدها تختلف من عقد إلى آخر، فهي محددة ب 8 أيام بموجب نص المادة 119 مكرر 1 من الأمر رقم 03/ 11 المتعلق بالنقد والقرض، كما أن المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12 ماي 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي (**تنفيذي**، 2015) التي تنص على أجل 8 أيام كمدة للرجوع، حيث جاء فيها: " لا يلزم البائع بتسليم أو تمويل السلعة موضوع العقد إلا بعد إحضاره من طرف المشتري بتحصله على القرض.

غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية أيام عمل تحسب من تاريخ إمضاء العقد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما ".

وحدد المشرع أيضا مدة 07 أيام يجوز للمستهلك في خلالها ممارسة حق الرجوع في البيع بالمنزل، وكان ذلك بموجب المادة 11 من المرسوم المذكور أعلاه المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي الذي جاء فيها:" عندما يتم بيع المنتوج على مستوى المنزل، فان مدة العدول تكون سبعة أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة لا يمكن إجراء أي دفع نقدي قبل انتهاء هذه المدة".

كما حدد المشرع بموجب المواد 21، 22 من القانون 18/ 05 المتعلق بالتجارة الالكترونية للمستهلك السلف الذكر مدة 4 أيام كحد أقصى لاستعمال الحق في الرجوع عن العقد في حال عدم احترام المورد الالكتروني لآجال التسليم.

وفي مناسبة أخرى، حدد المشرع مدة لممارسة الحق في الرجوع تعد الأطول مقارنة بتلك التي سبق الإشارة إليها أعلاه، وهي مدة محددة ب 30 يوما تتعلق بممارسة الحق في الرجوع عن عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين كحد أدنى، وذلك وفقا لما جاء في نص المادة 90 مكرر من قانون 04/06 المتعلق بالتأمينات ". باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتتب

عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين (2) كحد أدنى، أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط.

ويجب على هذا الأخير إعادة القسط الذي تقضاه، بعد خصم تكلفة عقد التأمين خلال (30) يوما الموالية لاستلام الرسالة الموجهة من قبل المكتتب إلى مؤمنه، والتي موضوعها التراجع عن العقد".

و تجدر الإشارة إلى أنه يجوز الاتفاق بين أطراف العقد على زيادة المدة التي حددها المشرع للمستهلك لممارسة حقه في العدول، فيجوز لهم مثلا الاتفاق على مدة تزيد عن سبعة أيام المقررة لاستعمال الحق في الرجوع عن عقد البيع على مستوى المنزل، ما دام أن هذه الزيادة تعطي حماية أكثر للمستهلك، ولكن لا يجوز أن تكون هذه المدة محل تنازل من المستهلك أو محل اتفاق على الانتقاص، تجنبا لحرمان المستهلك من الاستفادة من الحماية المقررة بموجب هذه الآلية. وكل اتفاق على ذلك فهو باطل لمخالفته لقواعد تتعلق بالنظام العام (**يونس**، 2016، **صفحة** 28) (**عمران**، **صفحة** 62).

وما يلاحظ فيما يتعلق ببداية سريان المدة التي في خلالها يمكن للمستهلك استعمال الحق في الرجوع أو كيفية حسابها، فان المشرع أغفل هذا الأمر في القانون رقم 11/03 وكذلك في القانون 04/06 المتعلق بالتأمينات، ولكن تدارك ذلك في المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12 ماي 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي السلف الذكر، حيث أنه أشار صراحة بأن المدة هي 8 أيام عمل مما يعني استبعاد أيام العطل، وهذا ما يكفل للمستهلك استفادة فعلية من هذه المدة، كما أنه أشار صراحة إلى أن هذه المدة يبدأ سريانها من تاريخ التوقيع على العقد، وذلك من بموجب نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12 ماي 2015 التي جاء فيها: "..... غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية أيام عمل تحسب من تاريخ إمضاء العقد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما ".

أما بالنسبة لانتهاء مدة استعمال الحق في الرجوع، فان المشرع أغفل هذا الأمر في القوانين التي أقر من خلالها هذا الحق، ولكن الجاري به العمل في هذا الصدد، كما ورد لدى البعض انتهاء مدة الحق في العدول بانقضاء آخر يوم فيها، وإذا صادف اليوم الأخير عطلة رسمية، فتمتد المدة إلى أول يوم عمل موالي للعطلة تطبيقا للقواعد المعمول بها في هذا الإطار في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (**يونس**، 2016، **صفحة** 29).

ويسقط حق المستهلك في العدول عن العقد إذا انقضت المدة المحددة دون أن يمارس هذا الحق، وتعتبر المدة المحددة لممارسة الحق في العدول مدة سقوط وليست مدة تقادم، وبالتالي لا تخضع لأحكام الوقف والانقطاع (**دايج**، 2005، **صفحة** 19).

3. 2. 2. الآثار المترتبة على استعمال الرجوع

إن الأثر الرئيسي الذي يترتب على الرجوع، هو زوال العقد بعد ابرامه، وي إن العقد قبل تأكيد إبرامه لا يتم تنفيذ، غالباً، فإن الرجوع لا يثير مشكلة إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد، وان تم التنفيذ، فإن في القواعد العامة من آليات لا شك أنه يحقق هذا الأثر، مع ملاحظة كون المهني المحترف هو الذي يبادر عادة إلى تنفيذ العقد، دون أن يكون ملزما بذلك، ومن ثم فلا يكون له ضمان خاص في استرجاع ما سلمه، لئلا يشكل ذلك قيداً على ممارسة المستهلك حقه في الرجوع عن التعاقد (**دايج**، 2005، **صفحة** 19).

بيد أن الأمر يبدو بحاجة إلى اجتهاد إذا ما سكت المشرع، ولم يطلق استعمال الرجوع، وفي ظل هذا الوضع تساءل البعض (**الباقي**، 2004، **صفحة** 780) في ضوء طبيعة هذا الحق وأهدافه، حول إمكانية تعسف من تقرر له هذا الحق في استعماله ؟.

والإجابة على هذا السؤال تكمن في استبعاد هذا الفرض لسبب قانوني و آخر واقعي؛ فمن الناحية القانونية ، " إن التشريع الجزائري خاصة بعد تعديل القانون المدني سنة 2005، ذلك أن المادة 124 مكرر جعلت التعسف في استعمال الحق 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 فرصة للمحترف للجوء إلى القضاء، مما يؤدي إلى إفقاد هذا الحق كل فائدة ترجى منه، وهو ما يتعارض مع الغاية التي توخاها المشرع من وراء هذا الحق كل فائدة ترجى منه" (**بناسي**، 2016/2015، **صفحة** 253).

أما من الناحية الواقعية علق البعض " أن هذا الفرض نادر الحدوث، بل قد لا يصادف محلا على الإطلاق، فانه قد تبين مما سبق أن هناك ثمة مشاركة في تقريره إذا كان اتفاقيا تحول دون وجود احتمالات لذلك، كما أنه إذا كان بنص القانون، فهو إما أن يكون لمصلحة متعاقد ضعيف في مواجهة متعاقد آخر متفوق اقتصاديا وفنيا في مجال المعاملة، وإما أن يكون بسبب أن العقد قد ابرم في ظل ظروف تعاقدية غير ملائمة كالبيع بالتقسيط والبيع بالمنزل، أو التعاقد بشأن معقود عليه لم يكن قد رآه المشتري، حيث لا يتصور ثمة تعسف في هذه الفروض" (**الباقي**، 2004، **صفحة** 781).

4. خاتمة

يمكن أن نلخص أهم النتائج التي خرجت بها دراسة موضوع أثر تشريعات الاستهلاك على مبدأ القوة الملزمة للعقد في النقاط الآتية:

وهي تتعلّق بنطاق مساس أو تأثير تشريعات الاستهلاك على مبدأ القوة الملزمة للعقد من خلال آليات قانونية، تعتبر توسع في الحالات الواردة في القانون المدني حماية للمستهلك، حيث

تتمثل الأولى في مكافحة الشروط التعسفية التي تفرض على القاضي تعديل العقد عن طريق ابطال الشروط التعسفية. بينما تتمثل الثانية في حق الرجوع عن التعاقد التي تجيز للمستهلك التراجع - بإرادته المنفردة - عن عقد قد سبق إبرامه بشكل صحيح.

إن هذه الآليات هي آليات قانونية لا يمكن ارجاعها إلى مفاهيم قانونية تستند على أساس مبدأ سلطان الإرادة، وإنما هي استثناءات مقررة قانونا على أحكام نظرية العقد، ولذلك ليس من حق الأفراد تقيدها، والقول بغير ذلك يؤدي إلى افراغها من مضمونها.

- إن إقرار مكنة المستهلك في الرجوع عن التعاقد، هي آلية فعالة لحماية المستهلك وابرامه للعقد بإرادة حرة ومستنيرة، إلا أن عدم اصدار تنظيم خاص به، مما يدل بأنه لا يزال استثناء محصور في حالات خاصة ولو بشكل عملي، يجعل هذه الحماية تتسم بالمحدودية، مما يستوجب ضرورة الاسراع على اصدار التنظيم الخاص بهذا الحق.

- ضرورة النص صراحة في تشريعات الاستهلاك على البطلان المطلق كجزاء منصب مباشرة على الشرط التعسفي كلما ورد في عقد ما دون أن يكون بشكل استثنائي أو قاصرا على عقد معين حالة بعينها.

ـ تضارب المصالح

يعلن المؤلف أنه ليس لديه تضارب في المصالح.

ـ قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1ـ الكتب

- محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية.

- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006.

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

- عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.

2ـ الرسائل و الأطروحات

- أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، كلية العلوم الاسلامية، دكتوراه، جامعة وهران، 2008.

- جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014/2013.

- سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، كلية الحقوق، دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2016.

- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016/2015.

- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015/2014.

- مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، ماجستير، الجزائر1، 2015/2014.

3ـ المقالات

- أسامة شهاب حمد الجعفري، حق المستهلك بالتروي والتفكير(دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد 2، المجلد 9، 2017.

- أحمد بعجي، تطور فعالية بطلان الشرط في العقد، جامعة مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 2، المجلد 11، العدد 3، 2017.

- سليمان براك دايح، الرجوع التشريعي في عقود الاستهلاك، مجلة الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 8، العدد 14، 2005.

- خديجة فاضل، عقد الاذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، ملتقى دولي بعنوان القانون المدني بعد أربعين سنة، يومي 24 و 25 أكتوبر 2016، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر1، العدد 5، 2016.

- سامي بن حملة، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، ملتقى دولي بعنوان القانون المدني بعد أربعين سنة، يومي 24 و 25 أكتوبر 2016، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر1، العدد 5، 2016.

- عماد الدين عياض محمد، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، المجلد 5، العدد 9، جوان 2013.

- محمد عماد الدين عياض، تحولات نظرية العقد في ظل قانون الاستهلاك ملتقى دولي بعنوان القانون المدني بعد أربعين سنة، يومي 24 و 25 أكتوبر 2016، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر1، العدد 5، 2016.

- أيمن مساعدة علاء وخصاونة ، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مجلة الشريعة والقانون، منشورات القضاء المدني، المملكة المغربية، المجلد/ العدد، 46، 2011.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

I -Ouvrages

-S. Miril, La rétractation en droit privé français, L.G.D.J. 1997.

-Christiano, Droit civil, les obligations, le contrat, 3ème éd, 1998.

- Jean calais–Auloy et f. Steinmetz, Droit de la consommation, 5ème éd, Dalloz, 2000.

II-Articles et chroniques

- Ghenima Lahlou-Khiar, La protection du contractant faible : entre le droit commun des obligations et le droit de la consommation, RASJEP, N°2, 2013.

ثالثا: القوانين

- الأمر رقم 75- 58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدّل والمتمم بالقانون 05-10 الصادر بتاريخ 20 جوان 2005.

- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق لـ 23 يونيو سنة 2004، جريدة رسمية، عدد 41، مؤرخة في 27 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون 10- 06 المؤرخ في 5 رمضان 1431 الموافق لـ 15 أوت 2010، جريدة رسمية، عدد 46، مؤرخة في 18 أوت 2010 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق ل 08 مارس 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية، عدد 15، مؤرخة في 08 مارس 2009. المعدل والمتمم.

- القانون رقم 18- 05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق لـ 10 مايو سنة 2018، جريدة رسمية، عدد 28، مؤرخة في 16 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر سنة 2006، جريدة رسمية، عدد 56 مؤرخة في 11 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، معدل بالمرسوم التنفيذي 08- 44 المؤرخ في 03 فبراير 2008، جريدة رسمية، عدد 07 مؤرخة في 10 فبراير 2008.

- المرسوم التنفيذي رقم 15- 114 المؤرخ في 23 رجب 1436 الموافق لـ 12 مايو سنة 2015، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

- كيفية الإستشهاد بهذا المقال حسب أسلوب APA

محمد خليفة كرفة(2022)، أثر تشريعات الاستهلاك على مبدأ القوة الملزمة للعقد، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 14، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، الصفحات :306-320